El Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas
El rol de los Ombudsman en América Latina

Encuentro extraordinario de la Federación Iberoamericana del Ombudsman

Lima, 25 y 26 de abril de 2013

Memoria

FIO
Federación Iberoamericana del Ombudsman

Defensoría del Pueblo

cooperación alemana
DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT

Implementada por
giz

El Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas
El rol de los Ombudsman en América Latina

Encuentro extraordinario de la Federación

Iberoamericana del Ombudsman

Lima, 25 y 26 de abril de 2013

Memoria

El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas: El Rol de los Ombudsman en América Latina. Memoria del Encuentro Extraordinario de la Federación Iberoamericana de Ombudsman, Lima, Perú, 25 y 26 de abril del 2013

© Defensoría del Pueblo
Jirón Ucayali 394-398, Lima 1, Perú
Teléfono: (511) 311-0300
Fax:(511) 426-7889
Correo electrónico: defensor@defensoria.gob.pe
Web: www.defensoria.gob.pe
Línea gratuita: 0800-15170

Con el apoyo de:
© Cooperación Alemana al Desarrollo – Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH
Proyecto peruano-alemán "Promoviendo la Implementación del Derecho a la Consulta Previa"
Proyecto regional "Fortalecimiento de la Federación Iberoamericana del Ombudsman"
Avenida Los Incas 172, piso 7, El Olivar, San Isidro, Lima 27, Perú
Teléfono: (511) 421-1333
Web: www.giz.de/peru

Coordinación, revisión y edición de contenidos:
Defensoría del Pueblo en el Perú, Programa de Pueblos Indígenas: Daniel Sánchez
GIZ, Proyecto "Promoviendo la Implementación del Derecho a la Consulta Previa": Folke Kayser y Karina Vargas
GIZ, Proyecto "Fortalecimiento de la Federación Iberoamericana del Ombudsman": Cecilia Bernuy

Responsables:
Para la Defensoría del Pueblo: Eduardo Vega Luna, Defensor del Pueblo (e)
Para la GIZ: Hartmut Paulsen, Director del Programa "Buen Gobierno y Reforma del Estado"

Diseño y diagramación:
NevaStudio
Calle Tomas Ramsey 762, Magdalena del Mar, Lima 17, Perú
Teléfono: (511) 652-6779

Edición electrónica (PDF): Lima, Perú, agosto 2013
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
Registro N° 2013-12785
Cooperación Alemana al Desarrollo – Agencia de la GIZ en Perú

Índice

Lista de abreviaturas

CAOI	Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas (Perú)
CARE	Central Asháninka del Río Ene (Perú)
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CDDPH	Comisión de Defensa de los Derechos de la Persona Humana (Brasil)
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CNDH	Comisión Nacional de los Derechos Humanos (México)
COFOPRI	Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (Perú)
CONAI	Consejo Nacional Indígena (Costa Rica)
Convenio 169	Convenio OIT Nro. 169. sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989)
CHIRAPAQ	Centro de Culturas Indígenas del Perú
DPE	Defensoría del Pueblo (Ecuador)
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
FIO	Federación Iberoamericana de Ombudsman
GIZ	Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit GmbH (Agencia Alemana de Cooperación Internacional)
GTI	Grupo de Trabajo Interministerial (Brasil)
INDEPA	Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (Perú)
MININTER	Ministerio del Interior (Colombia)
TIPNIS	Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboró Sécure (Bolivia)
TCOs	Tierras Comunitarias de Origen (Bolivia)
OEA	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional de Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PROFIO	Proyecto regional de la Cooperación Alemana “Fortaleciendo la Federación Iberoamericana de Ombudsman”
PUCP	Pontificia Universidad Católica del Perú
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

1. Presentación del evento

1.1 Organización

1.1.1 Contexto

El encuentro extraordinario de la Federación Iberoamericana del Ombudsman "El Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas: El Rol de los Ombudsman en América Latina", se llevó a cabo los días 25 y 26 de abril en el Hotel Plaza del Bosque, ubicado en la Avenida Paz Soldán 190 en el distrito de San Isidro en la ciudad de Lima, Perú.

El encuentro fue organizado por la Defensoría del Pueblo del Perú y la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO) con apoyo de la Cooperación Alemana a través de dos proyectos implementados por la GIZ: el proyecto peruano-alemán "Promoviendo la Implementación del Derecho a la Consulta Previa" y el proyecto regional "Fortaleciendo la Federación Iberoamericana de Ombudsman (PROFIO)".

En octubre de 2012, el Defensor del Pueblo de Perú, Eduardo Vega propuso en la Asamblea de la FIO la realización de un evento destinado a la reflexión sobre los derechos de los pueblos indígenas, contando con el apoyo de la Cooperación Alemana para tal evento. La Asamblea de la FIO aprobó la propuesta.

1.1.2 Objetivos

- Crear un espacio en las instituciones estatales en derechos humanos de Iberoamérica se den encuentro para aprender de sus experiencias en la protección y garantía de los derechos de los pueblos indígenas y los avances en la implementación de los canales institucionales y de participación necesarios para ello.
- Escuchar los retos y problemas comunes e intercambiar estrategias que se utilizan en los procesos de implementación en los derechos de los pueblos indígenas para ayudar a su supervisión y desarrollo.
- Conocer y discutir los diferentes estándares y enfoques presentes en los sistemas de protección de derechos humanos.
- Promover y difundir la agenda indígena desde las instituciones nacionales de protección de derechos humanos hacia los medios de comunicación locales y hacia los poderes públicos.
- Consolidar una estrategia común entre todas las instituciones para abordar la agenda indígena desde una visión regional.

1.1.3 Instituciones participantes:

Dada la naturaleza del evento, se buscó la presencia de diversos actores involucrados en el tema de la consulta previa y los derechos indígenas, con la finalidad de enriquecer el debate y abrir procesos inclusivos de diálogo. Para ello, se contó con la participación de representantes de 24 oficinas de Ombudsman; representantes de organismos internacionales, del sector académico dedicados al estudio de la interculturalidad, funcionarios públicos de ministerios ligados al tema de consulta así como representantes de organizaciones indígenas y actores de la sociedad civil.

En cuanto a los representantes de las **Oficinas de Ombudsman**, 22 fueron instituciones miembros de la FIO, de las cuales 15 eran oficinas nacionales y 7 subnacionales. Además, se contó con las delegaciones de la Procuraduría Federal de Derechos Humanos del Ministerio Público Federal de Brasil y la delegación nacional de la Defensoría del Pueblo de Australia (Commonwealth Ombudsman).

Organismos internacionales

Organización Internacional de Trabajo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, la Organización Panamericana de la Salud, la Agencia Canadiense para el Desarrollo Internacional, el Banco Mundial, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, entre otros.

Funcionarios públicos peruanos

La Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República, Ministerio de Agricultura, Ministerio de Ambiente, Ministerio de Cultura, Ministerio de Energía y Minas, Ministerio de Salud, Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, Ministerio de Relaciones Exteriores, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Organismo de Supervisión de los Recursos Naturales y de Fauna, Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Instituto Geológico Minero y Metalúrgico, y la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, entre otros.

Organizaciones indígenas y campesinas

Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas (CAOI), Central Asháninka del Río Ene (CARE), Centro de Culturas Indígenas del Perú (CHIRAPAQ), Comunidad MIDEPA Apurímac, Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas (ONAMIAP), Asociación de Pueblos Awajún en Lima, Unión de Comunidades Aymaras (UNCA), Federación Nacional de Mujeres, Campesinas, Artesanas, Indígenas (FEMUCARINAP); Organización Nacional de Comunidades Aymaras, Amazónicas y Quechuas (OBAAQ Perú), Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDESEP), Unión de Mujeres Aymaras (UMA), Federación de Comunidades Nativas del Río Tigre (FECONAT), Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP), Federación de Comunidades Nativas del Río Corrientes (FECONACO), y Federación de Pueblos Indígenas Kechwas de San Martín (FEPIKRESAM).

Sociedad civil:

Agencia de Noticias Servindi, OXFAM América, CARE Perú, Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica (CAAAP), CooperAcción – Acción Solidaria para el Desarrollo, CUSO International, MUQUI Red de Propuesta y Acción, Consorcio de Investigación Económica y Social, Grupo Regional sobre Mega Proyectos en Ucayali, Central Única de Trabajadores del Perú, Instituto de Defensa Legal, MapuExpress, Asociación Bio Selva Perú, Derecho, Ambiente y Desarrollo, Instituto de Diálogo y Propuestas, Socios Perú, Fundación Konrad Adenauer Perú, Fundación Hanns Seidel, Agencia Adventista de Desarrollo y Recursos Asistenciales Perú, Grupo Diálogo Minero, entre otros.

Sector privado

Sociedad Nacional de Hidrocarburos, Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, Anglo American Oil Company y la Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A.

Sector académico

Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Antonio Ruiz de Montoya, entre otros.

1.2 Programa del evento

Jueves 25 de abril de 2013: Conferencia pública	
8:30 – 9:00	**Recepción y registro de participantes**
9:00 – 9:40	**Inauguración** • Bienvenida a cargo de Eduardo Vega Luna, Defensor del Pueblo de Perú • Palabras de apertura a cargo de Anselmo Sella, Presidente de la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO) y Defensor del Pueblo de la Nación Argentina • Palabras de Elizabeth Tinoco, Directora de la Oficina Regional para América Latina y el Caribe de la Organización Internacional de Trabajo (OIT)
9:40 – 10:40	**Conferencia magistral** **"El derecho a la consulta previa en el derecho internacional"** • James Anaya, Relator Especial de las Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas • Diego García Sayán, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
10:40 – 11:10	**Preguntas del público**
11:10 – 11:30	**Refrigerio**

11:30 - 12:30	**Mesa temática** **"Experiencias de las Defensorías del Pueblo en la defensa del derecho a la consulta previa"** • Colombia: Jorge Armando Otálora, Defensor del Pueblo de Colombia • Perú: Eduardo Vega Luna, Defensor del Pueblo de Perú
12:30 - 13:15	**Lectura y firma de la Declaración de Lima sobre el Derecho a la Consulta Previa**
13:15 - 15:00	**Almuerzo**
15:00 - 15:45	**Mesa temática** **"El derecho a la consulta previa desde un enfoque intercultural"** • Fidel Tubino, Profesor principal del Departamento de Humanidades de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) • Manuel García, Representante de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) • Gerardo Jumí Tapias, Coordinador General de la Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas (CAOI)
15:45 - 16:00	**Preguntas del público**
16:00 - 17:10	**Mesa por países** **"Rol de los Ombudsman en la promoción del derecho a la consulta previa"** • Ecuador: Ramiro Rivadeneira Silva, Defensor del Pueblo de Ecuador • Bolivia: Rolando Villena Villegas, Defensor del Pueblo de Bolivia • Brasil: Aurélio Veiga Rios, Procurador Federal de los Derechos del Ciudadano de Brasil • México: Cruz Teresa Paniagua, Cuarta Visitadora General de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México • Costa Rica: Ofelia Taitelbaum Yoselewich, Defensora de los Habitantes de Costa Rica
17:10 - 17:30	**Refrigerio**
17:30 - 18:30	**Mesa por países** **"Buenas prácticas de los Ombudsman en la defensa del derecho a la consulta previa"** • Paraguay: Manuel María Páez Monge, Defensor del Pueblo de Paraguay • El Salvador: Oscar Humberto Luna, Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador • Panamá: Patria Portugal, Defensora del Pueblo de Panamá

17:30 - 18:30	• Venezuela: José Guevara, Adjunto de la Defensoría del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela
18:30 - 19:00	**Clausura de la conferencia pública** • Palabras de Eduardo Nayap Kinin, Congresista del pueblo awajún y vicepresidente de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República del Perú (incluido en el programa espontáneamente) • Palabras de Joachim Christoph Schmillen, Embajador de la República Federal de Alemania en el Perú • Palabras de Humberto Henderson, Representante Alterno para América Latina de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas
Viernes 26 de abril de 2013: Conferencia FIO	
8:30 - 9:00	**Registro de participantes**
9:00 - 10:00	**Mesa temática** **"La experiencia colombiana en la implementación del derecho a la consulta previa"** • Pablo Rueda, Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior de Colombia • Humberto Sierra Porto, Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos • Jorge Armando Otálora, Defensor del Pueblo de Colombia
10:00 - 10:30	**Preguntas del público**
10:30 - 10:45	**Refrigerio**

10:45 - 11:45	**Mesa temática** **"La experiencia peruana en la implementación del derecho a la consulta previa"** • Iván Lanegra, Viceministro de Interculturalidad, Ministerio de Cultura del Perú • Ruth Zenaida Buendía Mestoquiari, Presidenta de la Central Asháninka del Río Ene (CARE) • Tania Pariona Tarqui, Representante del Centro de Culturas Indígenas del Perú (CHIRAPAQ) • Alicia Abanto Cabanillas, Adjunta de Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas, Defensoría del Pueblo de Perú
11:45 - 12:30	**Preguntas del público**
12:30 - 14:00	**Almuerzo**
14:00 - 15:30	**Taller de trabajo interno (para miembros de la FIO únicamente)** **Intercambio de experiencias sobre el rol de los Ombudsman en la promoción y protección del derecho a la consulta previa** • Balance de la situación actual • Alcance y limitaciones • Acuerdos de seguimiento
15:30 - 15:45	**Pausa refrigerio**
15:45 - 17:45	**Continuación del taller interno**
17:45 - 18:15	**Presentación de los resultados de los tres grupos a la plenaria**
18:15 - 18:30	**La experiencia de Nicaragua en la implementación del derecho a la consulta previa (incluido en el programa espontáneamente)** • Omar Cabezas Lacayo, Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos de Nicaragua
18:30 - 18:45	**Acto de clausura** • Palabras de clausura de Anselmo Sella, Presidente de la FIO y Defensor del Pueblo de la Nación Argentina • Palabras de clausura de Eduardo Vega Luna, Defensor del Pueblo Perú
18:45	**Cierre del evento**

Nota: La documentación del taller interno se produce como anexo aparte para los miembros de la FIO.

2. Primer día: Conferencia pública, jueves 25 de abril de 2013

2.1 Inauguración

El moderador del evento, Guido Lombardi, dio la bienvenida a los integrantes de la mesa de honor, a los invitados internacionales y a todos los participantes en general. Anunció la ceremonia de inauguración y presentó a las personas.

2.1.1 Bienvenida por Eduardo Vega Luna[1], Defensor del Pueblo de Perú

Me complace darles la bienvenida a este encuentro internacional y, de manera muy especial, saludar la presencia de nuestros invitados e invitadas de los países hermanos de Argentina, Australia, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, España, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Puerto Rico y Venezuela, a quienes deseamos fraternalmente una feliz estadía.

Este evento tiene el objetivo de evaluar el papel del Ombudsman en la implementación del derecho a la consulta previa para los pueblos indígenas. En esa medida, las experiencias de nuestros países enriquecerán, sin duda, las labores que nuestras instituciones desarrollan.

Apostar por la consulta previa es apostar por el fortalecimiento de nuestros sistemas democráticos. En América Latina habitan cerca de cuarenta millones de indígenas que forman parte de más de quinientos pueblos históricamente discriminados y excluidos del proceso de toma decisiones estatales, situación que el derecho a la consulta previa busca revertir.

La consulta previa, ratificada por 14 Estados latinoamericanos, es una inmejorable oportunidad para que los gobiernos y los pueblos indígenas desarrollen un diálogo de buena fe, sincero y transparente, que permita reconfigurar sus relaciones y democratizar la gestión pública. Para ello se requiere la firme voluntad de los Estados de garantizar su adecuada implementación a través de la ejecución de políticas públicas interculturales y sostenibles, permanentes y eficientes, inclusivas y participativas.

Eso significa aprobar normas e instrumentos de gestión claros que orienten a los funcionarios estatales en su implementación. Es imprescindible que los funcionarios del Estado y toda la sociedad apostemos por una verdadera cultura de diálogo intercultural.

1 Abogado especializado en el ámbito de los derechos humanos. Es funcionario de carrera de la Defensoría del Pueblo desde hace más de 14 años. Ha realizado estudios de Maestría en Paz y Desarrollo en la Cátedra UNESCO, de Filosofía para la Paz en la Universidad Jaime I de España y de Maestría en Derecho Penal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Somos conscientes que incorporar el diálogo intercultural en la dinámica de los Estados, requiere la generación de capacidades institucionales y personales. Estas no surgen en forma automática, por ello es uno de los retos en los que los Ombudsman tienen un papel trascendente.

La complejidad de este proceso impone también otros desafíos que debemos enfrentar, como la débil comprensión de la diversidad cultural, la escasa preparación de los propios actores para el diálogo, el limitado conocimiento de los funcionarios estatales sobre los derechos de los pueblos indígenas y la falta de adecuación cultural de las políticas y de la misma gestión pública.

Ese es el escenario en el que las Defensorías del Pueblo desplegamos nuestros esfuerzos y en el que debemos seguir promoviendo procesos de diálogo que respeten los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Esa es la importancia de este encuentro. Si hay algo que los Ombudsman hemos sabido desarrollar en nuestra labor, es la constante vocación por el diálogo como herramienta útil de convencimiento, de comunicación, de búsqueda de consensos y de alternativas de solución.

Es una gran oportunidad para señalar los retos que tenemos para consolidar este derecho en nuestra región. Los pueblos indígenas exigen de nosotros mayor eficacia en la tarea de acompañar la lucha por la defensa de sus derechos y libertades fundamentales.

Antes de concluir, quiero agradecer el apoyo y compromiso de la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO) y de la Cooperación Alemana a través su Agencia de Cooperación Internacional GIZ. Su valiosa colaboración ha sido vital para la realización de este evento.

Señoras y señores, amigos y amigas, les agradezco nuevamente por su presencia en este esfuerzo de impulsar la construcción de una verdadera ciudadanía intercultural que inspira y sustenta la naturaleza misma de los derechos humanos.

Decimos hoy que seguiremos privilegiando el diálogo sobre la confrontación; la propuesta sobre la crítica estéril y la tolerancia sobre la sinrazón. Esta es la fortaleza que sostiene nuestra voluntad para hacer realidad el respeto de la diversidad cultural en nuestros países.

2.1.2 Palabras de Anselmo Sella[2], Presidente de la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO) y Defensor del Pueblo de la Nación Argentina

Es un honor compartir con ustedes el acto inaugural del encuentro organizado por la Defensoría del Pueblo de Perú, con la colaboración de la FIO y GIZ. En este evento trataremos una cuestión

2 Abogado especializado en el ámbito de derechos humanos. Es funcionario de carrera de la Defensoría del Pueblo de la Nación Argentina. Ha realizado estudios de postgrado en la Universidad de Alcalá de Henares. Ha sido concejal en el Honorable Concejo Deliberante de la Provincia de Córdoba, Delegado para las Provincias de Córdoba y San Luis del Instituto de Servicios Sociales para las Actividades Rurales y Afines (ISSARA) y Oficial del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

propia del nuevo paradigma de los derechos humanos, basado en la toma de conciencia del respeto de los derechos y libertades como fundamentos indispensables de la condición humana, lo cual ha logrado transformaciones profundas en lo social, jurídico y político. Muchos de los conceptos del derecho clásico han sido desplazados por este nuevo concepto. Estamos ante un momento en la historia, en que el poder no tiene valor por sí mismo, sino que se sustenta en la necesidad de proteger los derechos humanos.

Sin embargo, debemos aceptar que los beneficios de esta nueva concepción no han sido equitativamente distribuidos; es decir, no han llegado a todos y todas. Mientras la humanidad avanza hacia la "inclusión social", quedan millones de seres humanos excluidos de la justa distribución de recursos y de procesos decisorios.

Los pueblos indígenas han sufrido una historia de marginación individual y colectiva. La globalización continúa empujándolos a situaciones de pobreza e indigencia. Las economías enfocadas a la extracción provocan la vulneración sistemática de sus derechos.

En este marco, la consulta previa debe formar parte de la agenda de las políticas públicas. Es fundamental que puedan tomarse acciones amparadas por la legislación, y se logre la participación en decisiones que afecten sus intereses. El ejercicio de autodeterminación y elección de sus formas de vida deben ser respetados como lo exigen las convenciones sobre derechos humanos.

Este proceso cuestiona el modelo de Estado-nación de las elites oligárquicas. El ejercicio de esta ley, es un aporte fundamental a los pueblos indígenas, forma democracias más plurales y permite la superación de siglos de poder racista y excluyente. La inclusión de nuevos actores implica el cumplimiento de claras directrices y asegura la toma de decisiones más justas en cuestiones que involucren a comunidades y pueblos originarios.

Como defensores de derechos humanos tenemos tareas y responsabilidades;

1. Hacia los titulares de los derechos: Ponernos a su disposición para ayudar a formar capacidades, y que se conozcan mecanismos de defensa y de garantías, tanto en el Sistema Universal como en los sistemas nacionales.
2. Hacia el Estado: Lograr que cada Estado asuma una perspectiva de políticas públicas de derechos humanos orientada a pueblos indígenas.
3. Hacia la sociedad: Llevar adelante la educación sobre derechos de pueblos indígenas para eliminar la resistencia de amplios sectores de nuestras sociedades.

Considero que estas jornadas enriquecerán estas ideas. Tenemos mucho que aprender de este encuentro.

2.1.3 Palabras de Elizabeth Tinoco[3], Directora de la Oficina Regional para América Latina y el Caribe de la Organización Internacional de Trabajo (OIT)

La difícil situación de la mayoría de mujeres y hombres de los pueblos indígenas y tribales, atestigua la urgencia y la necesidad de actuar pues han sido históricamente los más olvidados. En América Latina habitan 522 pueblos indígenas, aproximadamente 40 millones de personas que siguen viviendo bajo el yugo de la pobreza y la discriminación, que luchan para que sus voces sean escuchadas.

Desde hace mucho tiempo la OIT apuesta por trabajar en estrecha cooperación con los pueblos indígenas en sus esfuerzos por fortalecer sus voces y diversificar sus opciones. A lo largo de la última década, este enfoque ha cobrado nueva importancia.

De las 22 ratificaciones del Convenio 169 OIT sobre pueblos indígenas y tribales adoptado en 1989, 14 corresponden a países de América Latina y el Caribe. Se trata de un instrumento de alcance global único en su tipo, una carta de derechos enfocada a promover el desarrollo, la justicia social y los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas.

En la práctica, el Convenio debe ser visto como una herramienta para lograr la inclusión social, una meta y a la vez un anhelo en los países de nuestra región, ya que establece que los pueblos indígenas tienen el derecho de gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada por la Asamblea General en 2007, ayuda también a elaborar las normas jurídicas.

Los pocos datos disponibles sobre los pueblos indígenas comprueban esta realidad. Un informe de las Naciones Unidas advirtió en 2010 que los índices de pobreza entre los indígenas son mucho más altos que en el resto de la población de varios países de América Latina: Paraguay, 7.9 veces; Panamá, 5.9 veces; México, 3.3 veces; y Guatemala, 2.8 veces. Ese mismo informe sobre "La situación de los pueblos indígenas en el mundo", indica que los ingresos de los trabajadores indígenas promedian sólo la mitad de los de trabajadores no indígenas, debido en gran parte a factores como la discriminación y la baja calidad de la enseñanza.

Existen también grandes diferencias en la esperanza de vida entre los indígenas y los no indígenas, por ejemplo, en Guatemala (13 años menos que el promedio), Panamá (10 años) y México (6 años). La mortalidad infantil sigue siendo 70% superior entre las comunidades indígenas, a pesar de las mejoras logradas en los últimos 40 años. La desnutrición entre los niños indígenas duplica la que se registra entre los no indígenas.

3 Licenciada en Sociología en la Universidad Central de Venezuela y realizó una maestría en Ciencias Políticas en la Universidad Simón Bolívar de Caracas. Es funcionaria de la OIT. Ha sido profesora de la Universidad Central de Venezuela en Historia Política Contemporánea y de América Latina. Trabajó como coordinadora nacional en la Oficina de Coordinación y Planificación Nacional en Venezuela y como coordinadora de la Escuela de Arte de la Universidad Central de Venezuela.

Durante los últimos años hemos apreciado cómo el tema de la situación de los pueblos indígenas figura con mayor frecuencia en la agenda política latinoamericana. Esta es una señal importante: ahora el tema está sobre la mesa y es relevante en muchos países. Hay diversos factores que contribuyen a avivar esta discusión en nuestra región. Es indudable que la consolidación y el desarrollo de nuestras democracias han dado voz a quienes antes no la tuvieron, sin duda es un hecho importante.

Vivimos en una región próspera en recursos naturales que atrae cada vez más importantes proyectos de inversión que a menudo generan conflictos con las comunidades indígenas. Esto pone en evidencia la necesidad de contar con instrumentos para preservar los derechos de las personas a través de reglas claras. La consulta y participación constituyen la piedra angular en la aplicación de este instrumento, que facilite un diálogo eficaz orientado hacia esos resultados.

El tema de la consulta es la que más discusiones genera en la región. La consulta previa está prevista cuando hay medidas legislativas y administrativas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas, o cuando se realizan actividades de exploración o explotación de recursos minerales o del subsuelo en los territorios donde habitan estas poblaciones.

Una de las preocupaciones expresadas en medios políticos y empresariales tiene que ver con la interpretación equivocada del Convenio, según la cual estos procesos podrían vetar proyectos. La Comisión de Expertos de la OIT ha sido categórica al plantear que "dichas consultas no implican un derecho de veto ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento".

¿Qué se busca entonces con la consulta? El objetivo es lograr acuerdos y/o consensos. Se pretende realizar todos los esfuerzos necesarios por llegar a soluciones conjuntas. Al final de estos procesos, el Estado deberá tomar la decisión. El Estado es el único interlocutor previsto para los pueblos indígenas en estas consultas, que se espera sean formales, plenas y de buena fe.

La potencia del Convenio 169 OIT reside en ser un instrumento a través del cual los pueblos indígenas puedan participar libremente en un diálogo con el Estado, exponer sus puntos de vista y, si es posible, influir en las decisiones adoptadas. En el Perú, se han dado importantes pasos con la aprobación de una ley y un reglamento sobre la consulta.

Sin embargo existen desafíos por atender, como la representatividad de los pueblos indígenas en la institucionalidad del Estado, la territorialidad o acceso a la educación; la contratación y las condiciones de empleo, así como la formación profesional y seguridad social de los indígenas.

El proceso no es fácil. Como OIT hemos colaborado con todas las solicitudes de apoyo relacionadas con el esclarecimiento de contenidos y alcances de las disposiciones y aplicación del Convenio 169.

En nombre de la OIT agradezco al Gobierno y a la Defensoría del Pueblo de Perú, a la Federación Iberoamericana del Ombudsman y a la Agencia Alemana para el Desarrollo, por la organización

de estas jornadas sobre el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas y el papel de las Defensorías del Pueblo.

La Oficina Regional de la OIT está comprometida con esta causa. Queremos contribuir a encontrar soluciones, compartir buenas experiencias y crear espacios de diálogo. El diálogo es esencial para generar consensos, sin él es imposible lograr sociedades armónicas, prósperas e inclusivas. En esta labor la figura del Defensor del Pueblo es esencial como colaborador crítico del Estado que actúa con autonomía respecto de cualquier poder público o privado, en nombre del bien común y defensa de los derechos individuales y colectivos de la ciudadanía.

Es de vital importancia que los pueblos y autoridades indígenas perciban a la Defensoría del Pueblo como una institución comprometida con la protección de sus derechos. Estoy segura de que las deliberaciones y debates de estas jornadas han de contribuir a reforzar este papel instrumental que las Defensorías del Pueblo desempeñan con miras a proteger los derechos y garantizar el respeto a la integridad de los pueblos indígenas en nuestra región.



Inauguración: Elisabeth Tinoco, Anselmo Sella, Eduardo Vega

2.2 Conferencia magistral "El derecho a la consulta previa en el derecho internacional"

2.2.1 James Anaya[4], Relator Especial de las Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas

En mi trabajo como Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la mayoría de los problemas que llegan a mí señalan la falta de la consulta adecuada a los pueblos indígenas, en particular sobre las decisiones relacionadas con proyectos de desarrollo o de extracción industrial de recursos naturales en sus territorios. Seguramente todas las Defensorías del Pueblo u Ombudsman representados en este seminario han enfrentado situaciones de este tipo, lo que hace importante y motiva este seminario. En esta conferencia haré un esbozo breve de los fundamentos en el Derecho internacional de la norma de consulta previa con los pueblos indígenas y comentaré algunos de los aspectos puntuales de la misma.

El deber de los Estados de consultar a los pueblos indígenas es primordial en los principales instrumentos internacionales como el Convenio 169 OIT sobre pueblos indígenas y tribales, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

El Consejo de Administración de la OIT ha declarado que la norma de la consulta es la piedra angular del Convenio 169. Aunque no en términos tan explícitos, varios tratados, además del Convenio 169, fundamentan la norma de consulta, tal como ha expuesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación a la Convención Americana de Derechos Humanos y los órganos de seguimiento creados por tratados de las Naciones Unidas en relación al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

Cabe destacar que el Convenio 169 OIT y los otros tratados que acabo de mencionar, han sido ratificados por la gran mayoría de Estados en la región americana y deben ser respetados en función del Derecho internacional. Dentro de la doctrina generalmente aceptada sobre el Derecho internacional, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, es una resolución de la Asamblea General de la ONU y no un tratado ni fuente directa de obligaciones dentro del Derecho internacional. Sin embargo, es indudablemente un instrumento dotado de autoridad, con disposiciones que se fundamentan en principios generales de derechos humanos sentados en la Carta de las Naciones Unidas y en otros tratados ampliamente ratificados por los Estados. Además, tal como ha sido afirmado por la Asociación de Derecho Internacional – una asociación internacional de destacados abogados y juristas – varias de las disposiciones

4 Experto en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en Derecho de los pueblos indígenas. El Profesor Anaya ha dictado conferencias en muchos países en todos los continentes del globo. Ha sido asesor de distintas organizaciones indígenas y ha representado a varios grupos en Norte y Centro América en juicios a nivel internacional. Participó en la redacción y la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, inclusive aquellas sobre la consulta, reflejan normas que han llegado a ser parte del derecho internacional consuetudinario. De manera similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia en el caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, afirma que la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas es "un principio general del Derecho Internacional".

En relación al contenido de la norma de consulta, tanto el Convenio 169 OIT como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, afirman que la consulta a los pueblos indígenas debe realizarse con el fin de obtener su consentimiento o acuerdo. En varios de sus artículos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas hace hincapié en el principio de consentimiento libre, previo e informado.

La vinculación de la consulta con el consentimiento, tal como ha sido reconocido en la jurisprudencia de varios órganos internacionales, implica un diálogo de buena fe, libre de presiones o manipulaciones, mediante el cual las partes cooperarán para intentar llegar a decisiones consensuadas e informadas.

Mientras que el Convenio 169 OIT y la Declaración de las Naciones Unidas se refieren a la consulta como una obligación o deber de los Estados entre actores institucionales y los que abogan por los pueblos indígenas, se habla cada vez más del *derecho* de estos pueblos a ser consultados. Es importante recordar, sin embargo, que este derecho corolario de consulta, tal como se plantea en los instrumentos y jurisprudencia internacionales, no es un derecho aislado o independiente. La norma de consulta, con su principio conexo de consentimiento libre, previo e informado, se presenta en el Derecho internacional como la salvaguarda del conjunto de derechos sustantivos de los pueblos indígenas que pueden ser afectados por las decisiones administrativas o legislativas de los Estados.

Se trata de una obligación estatal destinada a proteger, en particular, los derechos de propiedad de los pueblos indígenas sus tierras y territorios, en el contexto de proyectos de extracción de recursos naturales, como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una serie de casos.. La consulta también salvaguarda el derecho a la cultura y a la religión cuando un proyecto podría afectar sitios sagrados; el derecho de los pueblos indígenas de sentar sus propias prioridades para el desarrollo, sobre todo cuando se trata de proyectos de inversión a gran escala en territorios indígenas; o el derecho a la salud y el bienestar físico en relación con un medio ambiente limpio y saludable.

La consulta y el consentimiento funcionan para instrumentalizar el derecho de participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones de manera coherente, son su derecho a la libre determinación y el ejercicio del conjunto de derechos aplicables. Todos estos derechos y otros amparados por la consulta, se fundamentan en múltiples fuentes de Derecho internacional así como en tratados multilaterales de derechos humanos antes mencionados, y están enunciados en

la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. La consulta y el consentimiento han de funcionar para identificar y evaluar los impactos que puedan tener las decisiones administrativas o legislativas estatales, y para proteger y facilitar el goce de estos derechos bajo arreglos consensuados, siempre y cuando surja la cuestión de la consulta en situaciones puntuales. Para ello debe de haber un enfoque específico en los derechos sustantivos de los pueblos indígenas que podrían verse afectados por la medida a ser consultada.

Con esto se aclara la pertinencia de la consulta, el asunto a ser consultado y el objeto del consentimiento o los acuerdos que deberían resultar de la consulta. Por ejemplo, en el contexto de un proyecto de extracción de recursos naturales, los pueblos o comunidades indígenas específicas a ser consultados son los titulares de los derechos que podrían verse afectados por el proyecto; los temas a tratarse en el proceso de consulta se definen en gran parte en torno a un enfoque de los posibles efectos sobre los derechos; y el consentimiento que se busca es sobre la base de condiciones justas y equitativas que salvaguardan e instrumentalizan los derechos. Dicho esto, para maximizar la función de la consulta como salvaguarda e instrumento para el goce de derechos, se debe mantener la flexibilidad en los procesos de consulta y en la definición de la medida a ser consultada. La consulta no se trata de la mera transmisión de información ni de la búsqueda de un "sí" o "no" a una medida ya predeterminada, al contrario, es un diálogo de buena fe en el que se intercambia información y perspectivas y se exploran varias alternativas en relación a la medida propuesta con el fin de llegar a una decisión consensuada.

Quisiera ahora pasar a reflexionar sobre dos cuestiones que surgen cada vez más en relación a este tema: Primero, ¿qué ocurre cuando los pueblos indígenas rehúsan ser consultados? Segundo, ¿qué significa para el Estado cuando los pueblos indígenas rehúsan otorgar su consentimiento? Esta es la famosa cuestión del veto.

Con respecto a la primera cuestión, es evidente que en muchos casos los pueblos indígenas no quieren ser consultados, sobre todo cuando se trata de proyectos de desarrollo o de inversión de gran escala dentro o cerca de sus territorios; esto ocurre muchas veces y lo apreciando en la actualidad. Esta negativa se debe a la desconfianza en los procesos de consulta ofrecidos por los Estados o por posiciones ya cimentadas en contra de las medidas o proyectos a ser consultados. Considero comprensibles estas posturas, debido a la historia que han sufrido los pueblos indígenas frente a proyectos de inversión impulsados por Estados que han vulnerado sus derechos y la falta de adecuados procesos de consulta.

En algunos casos, los pueblos indígenas han formalizado sus decisiones en contra de las medidas o proyectos impulsados por los Estados y de las consultas con los Estados, mediante procesos altamente participativos. En Guatemala, comunidades maya han organizado lo que han denominado "consultas comunitarias de buena fe", al margen de las consultas con el Estado. Esta consiste básicamente, en una discusión entre los integrantes de una comunidad sobre un

proyecto de minería o de otro tipo impulsado por el Estado, pero sin su presencia y seguido por un referéndum sobre el proyecto. En todos los proyectos de minería y de inversión, éstos han llevado a decisiones colectivas claras en su contra. Líderes mayas han insistido en mantener posiciones en contra de los proyectos basados en estos procesos y generalmente han resistido entrar en diálogo con el Estado o las empresas promotoras de los proyectos, argumentando que la consulta debida ya se ha realizado y que su negativa a los proyectos es vinculante.

En informes que he elaborado sobre los pueblos indígenas de Guatemala en mi calidad de Relator Especial de la ONU, pude observar que las llamadas "consultas comunitarias de buena fe" no constituyen claramente consultas dentro de lo establecido por los estándares internacionales, las cuales son entre los Estados y los pueblos indígenas. Sin embargo, he señalado que sus resultados son expresiones legítimas de la voluntad de las comunidades y como tal deben incidir en las decisiones del Estado sobre los proyectos.

Considero importante resaltar que los pueblos indígenas, en función de su derecho a la libertad de expresión y de asociación, tienen el derecho de oponerse, de manera pacífica, a los proyectos de inversión u otras medidas impulsadas por los Estados, y que estos deben respetar y no fomentar o permitir represalias de ningún tipo en contra de los pueblos indígenas que ejercitan su derecho y se oponen a proyectos impulsados por el Estado. Además, aunque corresponde al Estado el deber de realizar consultas con los pueblos indígenas antes de decidir sobre medidas que les puedan afectar, éste no debe de insistir en realizar las consultas mientras que la parte indígena mantiene una posición clara en contra de la consulta y del proyecto o medida en cuestión.

El Estado cumple con su deber de consultar cuando ofrece un proceso acorde a los estándares internacionales y se enfrenta con esta postura definitiva de oposición. En tales circunstancias, se puede considerar que la parte indígena ha renunciado a su derecho a ser consultado por el Estado, pero no a su derecho de no otorgar su consentimiento. De hecho, cuando los pueblos se oponen a ser consultados, están rehusando otorgar su consentimiento o hacer acuerdos como si hubiesen entrado en un proceso de consulta.

Esto nos lleva a la siguiente cuestión: ¿Qué significa para el Estado cuando los pueblos indígenas rehúsan otorgar su consentimiento? Al respecto un enfoque en los derechos sustantivos que puedan verse afectados nos lleva de nuevo al marco de análisis apropiado. Como punto de partida hay que tener presente que, en casos específicos, con o sin el consentimiento de la parte indígena, el Estado tiene la obligación de respetar y proteger los derechos de los pueblos indígenas de acuerdo a los estándares internacionales establecidos.

Recordemos que la consulta y el consentimiento existen para salvaguardar e instrumentalizar los derechos de los pueblos indígenas; de ninguna manera representa un marco normativo exhaustivo con respecto a las decisiones estatales. En el contexto de proyectos de extracción de recursos naturales, el deber estatal de protección implica, aparte de la obligación de realizar consultas y la necesidad de obtener el consentimiento,

contar con estudios de impacto ambiental, elaborar medidas de mitigación de posibles impactos previstos y ofrecer compensación en el caso de injerencias permisibles en el goce de derechos de propiedad y de otros derechos. En todo caso, los Estados deben evitar decisiones que vulneren cualquiera de los derechos específicos de los pueblos indígenas que han sido afirmados en los instrumentos internacionales o en el derecho interno, con independencia del otorgamiento o no del consentimiento por la parte indígena.

Se debe tener presente que dentro de la doctrina del derecho internacional, salvo en pocos casos, los derechos humanos pueden ser restringidos sin que se produzcan violaciones de la normativa. Pero las restricciones a los derechos sólo pueden producirse bajo condiciones limitadas de proporcionalidad y de necesidad con relación a un interés válido estatal dentro del marco de derechos humanos. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas plantea este supuesto en relación a los derechos allí reconocidos. El artículo 46.2 de la Declaración dice:

"...El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática."

La repuesta sobre qué ocurre cuando no hay consentimiento por la parte indígena requiere un análisis de las condiciones que hacen permisible la limitación de derechos, bajo los criterios señalados por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Como se ha mencionado, la norma de consulta, con su objetivo de consentimiento, se aplica cuando el Estado toma anticipadamente una decisión que pueda afectar a los pueblos indígenas, en el sentido de tener un impacto sobre uno u otro de sus derechos. Esta situación implica limitaciones al ejercicio de estos derechos, como ocurre claramente en el caso de industrias extractivas. Procede entonces considerar en casos puntuales si las restricciones a los derechos son permisibles, para lo cual es clave el criterio de proporcionalidad.

Cuando existe el consentimiento, bajo términos justos y equitativos, a un impacto o limitación al goce del derecho a la propiedad, el derecho a la identidad cultural, u otro, se entiende que se cumple *per se* con el requisito de proporcionalidad. Por supuesto sería inadmisible el consentimiento formal bajo términos injustos que pondrían en peligro el goce de derechos fundamentales o la supervivencia cultural o física del grupo indígena interesado. Pero cuando existe el consentimiento en términos justos y equitativos, hay una presunción sólida a favor de la permisibilidad de la restricción a los derechos. Incluso, si se manifiesta por medio de un acuerdo que incluye beneficios importantes para la parte indígena, el consentimiento puede ir más allá de

ser una salvaguarda y convertir lo que habría sido una restricción en un instrumento que facilite y promueva el goce de los derechos.

Cuando no existe consentimiento para proceder con la medida propuesta, el Estado tendría que demostrar que las restricciones impuestas son necesarias y proporcionales frente a un propósito estatal válido en el marco de los derechos humanos. En muchas situaciones, el Estado sí puede cumplir con esta carga, demostrando, por un lado, un interés estatal válido, por ejemplo en la promoción del derecho al desarrollo de la población en general y por otro lado, que el impacto sobre los derechos de los pueblos indígenas sea relativamente leve, especialmente si se implementan medidas de mitigación y, en su caso, de indemnización.

En otras situaciones no existirían condiciones para demostrar proporcionalidad frente a un propósito estatal válido. Esto, en el sentido de un objetivo de promover los derechos humanos de otros y porque no se puede demostrar una necesidad o proporcionalidad justa dada la magnitud de los impactos sobre derechos específicos, sobre todo sin el consentimiento de la parte indígena.

De acuerdo a este marco analítico, se ha identificado una serie de situaciones genéricas de impactos significativos que requieren el consentimiento, junto con las otras salvaguardas aplicables para los derechos afectados. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala que el consentimiento es exigible, más allá de ser un objetivo de la consulta, en el caso en que un proyecto dé lugar al traslado de un grupo indígena fuera de sus tierras tradicionales y en los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas (arts. 10 y 29, párr. 2, respectivamente). En esta misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que, *"cuando se trata de planes de desarrollo o de inversión de gran escala que tendría un impacto mayor dentro de un territorio [indígena o tribal], el Estado tiene la obligación no solo de consultar [a la parte indígena o tribal], sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones."* (Caso Saramaka vs. Surinam, párrafo 134.)

En todas estas situaciones – almacenamiento de desechos tóxicos, traslado de grupos indígenas, y proyectos de inversión de gran escala en territorios indígenas – el impacto es significativo sobre el ejercicio de una serie de derechos de los pueblos indígenas; esto generalmente dificulta que pueda demostrarse una necesidad y proporcionalidad sin el consentimiento de la parte indígena, aun asumiendo que existe un propósito estatal válido. En estos casos sí haría falta el consentimiento antes de adelantarse con estos proyectos.

Dicho lo anterior, cuando los pueblos indígenas deniegan su consentimiento y se oponen a proyectos de inversión u otras medidas impulsadas por el Estado considero que es importante tener en cuenta, más allá de la observancia de los criterios del Derecho internacional relativos a la consulta, factores políticos y sociales. Los pueblos indígenas se caracterizan por las condiciones de discriminación, marginación, y conflictividad que han vivido históricamente y que

siguen viviendo. Este contexto hace necesario que los Estados actúen con especial cautela para no exacerbar estas condiciones tomando en cuenta su deber de velar por los derechos de los pueblos indígenas. Cuando no existan consensos con los pueblos indígenas, el Estado no debería precipitarse en actuar de una manera que haría difícil la construcción de consensos en el futuro y una paz social duradera, tanto para los pueblos indígenas como la sociedad mayor.

Quisiera terminar destacando que la consulta y su vinculación con el principio del consentimiento libre, previo e informado son elementos centrales para un nuevo modelo de relaciones entre los Estados y los pueblos indígenas, así como para un nuevo modelo de desarrollo. No nos cuesta mucho recordar la historia de opresión e invasiones que por siglos han vivido los pueblos indígenas del continente americano. En esta historia los pueblos indígenas han sido excluidos de las decisiones que han tomado los Estados y otros actores poderosos sobre aspectos fundamentales de sus vidas, muchas veces con consecuencias desastrosas para su supervivencia física o cultural.

Afortunadamente hoy día existe una vertiente de pensamiento de reconocimiento, valoración e inclusión de los pueblos indígenas que presenta un reto al legado de la historia de opresión. Esta ha venido manifestándose en los nuevos instrumentos internacionales, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 OIT que forman parte de un nuevo régimen del derecho internacional relativo a los pueblos indígenas. En este nuevo régimen se plantea una nueva relación entre los Estados y los pueblos indígenas dentro del modelo plurinacional o pluricultural. En este modelo, los pueblos indígenas deben determinar sus propios destinos en pie de igualdad con los demás, participar en la toma de decisiones que les afectan, y estar seguros en sus derechos individuales y colectivos.

2.2.2 Diego García Sayán[5], Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Propongo que recapitulemos un instante antes de volver al tema que nos convoca. La Corte Interamericana es una creación de los países de América para que, entre otras acciones, pueda conocer los procesos sobre derechos humanos y dictar sentencias que deben ser acatadas por los Estados miembros. En el análisis de problemas y el dictado de sentencias, se crea derecho, se ubican criterios normativos y conceptuales para resolver diversos temas como las graves violaciones de derechos humanos, a la propiedad, al acceso a la información, entre otros.

En este proceso, el papel creativo del Derecho, se ha traducido a sentencias que tienen dos características importantes. La primera es que son cumplidas y no son meramente

5 Ha desempeñado funciones públicas como Ministro de Justicia y Ministro de Relaciones Exteriores del Perú, y ha sido alto funcionario de las Naciones Unidas como representante del Secretario General en la verificación de los Acuerdos de Paz en El Salvador. Ha sido Presidente del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas. Autor de diversos libros sobre Derecho Internacional, Derechos Humanos y Desarrollo.

recomendaciones. La segunda produce la dinamización de las capacidades nacionales, es decir, permite que los jueces nacionales utilicen los términos de interpretación de la Corte. Así, este criterio de interpretación se expande y un juez a nivel nacional se guía por la Constitución y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana para resolver casos.

Hay una relación directa en nuestra historia de marginación cuando se habla de la norma jurídica. De alguna forma, cuando la Corte dictaba sus primeras sentencias parecía que en América no existían pueblos indígenas, ya que las sentencias no eran sobre sus derechos. Esta presencia se inicia con la demanda contra Nicaragua por el uso de tierras indígenas por parte de una empresa forestal. El Estado de Nicaragua tuvo la obligación de ceder en este caso.

El tema de la consulta previa.

La realidad social de América Latina indica que en catorce países existe alta conflictividad social relacionada con procesos de inversión pública o privada en territorios indígenas. ¿Por qué se produce esto? Planteo dos explicaciones evidentes:

1. El contexto internacional hace que una inversión que antes no era rentable, hoy sí lo sea. Por ende, la inversión es mayor.

En la actualidad la presunción de los derechos de todos se ha convertido en un *boom.* Hace veinte años la evolución democrática era distinta.

Así, llega un *boom* de demandas; con casos contra Paraguay, Ecuador, Surinam, entre otros. A partir de las herramientas con que cuenta la Corte, se han dado pasos de trascendencia jurídica y práctica. Si quisiera resumir los pasos concretos en estas sentencias podría dar el ejemplo del *caso d*el pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fue la primera vez que la Corte realizó una audiencia en las tierras de un pueblo indígena y se dictó una sentencia. Finalmente, el gobierno ecuatoriano comunicó que cumpliría con la misma.

Deseo resumir cinco conceptos esenciales y transversales de la sentencia:

1. Tal como mencionó James Anaya, la Corte estableció que el derecho de la consulta previa es un principio de Derecho internacional que significa una herramienta de acción e interpretación del derecho.
2. El Convenio 169 OIT se aplica a todas las medidas administrativas y legislativas que afecten a los pueblos indígenas.
3. La consulta no es un trámite formal sino un instrumento constante.
4. La consulta debe darse en todas las fases del proceso de exploración y explotación de las industrias.
5. La obligación del Estado no es solo saber que existe este derecho y eventualmente incorporarlo, lo principal es organizar el aparato constitucional del Estado para garantizar su cumplimiento.

Aquí llegamos al centro del problema. Existe una dinámica en la que hay expectativas, demandas, e intereses en conflicto (empresa, sociedad, sectores que quieren preservar tierras y territorios). Esto constituye un reto y lamentablemente, la institucionalidad pública de nuestros países ha quedado avasallada en este proceso. Estamos aún en un proceso de aprendizaje democrático, y muchas veces, al querer tomar una acción, es muy tarde y es difícil establecer canales de diálogo.

Hemos avanzado a un punto en que no se discute si hay o no sentencias vinculantes. Pero la armonización de instituciones sociales, políticas y administrativas se ve rebasada por expectativas y demandas contradictorias. La situación es positiva porque los derechos y voluntades democráticas están establecidos. Hay conflictividad en este terreno, pero no cabe duda que las Defensorías pueden afinar mecanismos institucionales para lidiar con ello.



Conferencia magistral sobre derecho internacional: James Anaya, Diego García-Sayán

2.2.3 Preguntas del público

Pregunta 1: James Anaya

¿Las observaciones de la Comisión de Expertos de la OIT son fuente material de derecho internacional o son sólo doctrina?

La Comisión de Expertos no tiene potestad de emitir decisiones vinculantes. Es por ello que se equipara con la doctrina, no es una fuente directa de derecho internacional.

Pregunta 2: James Anaya

¿Cómo compatibiliza su interpretación sobre el derecho a la consulta con los pronunciamientos del Comité de Expertos sobre el alcance del Convenio 169 OIT y la relación entre consulta y consentimiento?

En cuanto a la interpretación de la consulta, hay que recalcar que la Comisión de Expertos trabaja a partir del Convenio 169 OIT. Cabe destacar que la consulta se fundamenta de muchas fuentes además del Convenio 169 OIT. En el contexto americano, algunos de estos fundamentos incluyen la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y otras fuentes de Derecho internacional general y del derecho internacional consuetudinario. Habría que conocer bien cada uno de ellos para tener mejor entendimiento de la consulta y no solo guiarnos del Convenio 169 OIT.

Creo que la pregunta va a determinar si existe o no poder de veto, dado que la Comisión de Expertos ha señalado que no existe. Yo concuerdo con ello, en particular si el veto se interpreta como la posibilidad de decir "no" por cualquier razón y en todos los casos; un veto de este tipo no existe en el Derecho internacional.

Hay ciertos casos en que el consentimiento es exigible para proteger derechos en juego. Por lo general, cuando se trata de territorios indígenas o de grandes proyectos como, por ejemplo, de una industria minera donde una serie de derechos se verían afectados (derecho a la salud, a la propiedad, entre otros) y no se podrían limitar sin una justificación enérgica del Estado ni hacerse sin su consentimiento.

Pero no se habla de derecho general de veto; hablamos de la exigencia de que existan consensos en ciertas circunstancias.

Pregunta 3: Diego García-Sayán

¿Es indispensable titular las tierras indígenas antes de que el Estado apruebe proyectos extractivos sobre ellas?

La existencia de un título de propiedad o que el pueblo indígena exista no es un requisito previo para organizar el proceso de consulta, tal como ha expresado la Corte Interamericana en diversos momentos. El derecho a la propiedad incorpora el pluralismo jurídico para señalar que el ejercicio prolongado de la posesión pacífica de una comunidad sobre un territorio, se encuentra protegido por la propiedad. El Estado debe complementar esto con la demarcación y la titulación, pero no es un requisito previo para el ejercicio de otros derechos.

Pregunta 4: Diego García-Sayán

¿La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la propiedad colectiva?, ¿ha señalado expresamente el derecho a consulta o este es una obligación subsecuente de otros derechos?

La propiedad colectiva ha sido establecida como un derecho a partir de una lista de derechos individuales que surgen de la Convención Americana. En este tratado, no hay una sola palabra que diga "propiedad colectiva". Ha sido una interpretación de la forma de ejercer el derecho individual a la propiedad a través de la propiedad colectiva.

Lo está establecido, más allá del proceso de consulta, es que el Estado tiene que organizarse para demarcar y titular los territorios de los pueblos indígenas e incluir en este proceso los componentes del derecho consuetudinario y la posesión como uno de los requisitos del título. A partir del caso Awas Tingni vs. Nicaragua, se dieron con posterioridad las respuestas, no solo para la solución de este caso en particular; sino para crear la institucionalidad adecuada que permitiera poner en marcha procesos de demarcación y titulación.

Pregunta 5: James Anaya

Los pueblos indígenas hemos sido históricamente marginados y vulnerados. Al aplicar la consulta previa, ¿Los Estados están en capacidad de indemnizar esos abusos anteriores?

La razón por la que existe un nuevo conjunto de normas e instrumentos a nivel internacional y nacional es un proceso histórico. Dentro de este régimen, tanto a nivel internacional como nacional, hay varias respuestas a los efectos de reconocer esta historia. Los reclamos de los pueblos indígenas deberían ser atendidos según estas normas.

Pregunta 6: Diego García-Sayán

¿Qué se debe hacer si el Estado no logra el consentimiento o el acuerdo? ¿Cómo articular el interés nacional con los derechos de los pueblos indígenas?

Para reiterar lo que dijo el Dr. Anaya; la norma del Convenio 169 OIT infiere el consentimiento previo sobre una situación específica, cuando se encuentra de por medio el traslado y la reubicación de la población como requisito del proyecto. La norma dice que el Estado verificará que el traslado y la reubicación se realicen mediante procedimientos adecuados. Entonces, según lo establecido en el Convenio 169 OIT, se propone una política pública democrática que involucre a los pueblos indígenas. Es decir, el ejercicio de la autoridad del Estado con un procedimiento adecuado. Sin duda, se llega a la misma conclusión: el veto no está establecido en el Convenio 169 OIT ni en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, siendo una decisión del Estado: pero el Estado tiene la obligación de buscar elementos de consenso.

Pregunta 7: James Anaya

Sobre el tema de la representatividad de los pueblos indígenas; ¿Qué valor tiene la consulta cuando se divide a los pueblos indígenas?

La idea de la consulta es que se construyan consensos entre la parte estatal y la parte indígena. Dentro de la parte indígena, debería haber procesos que permitan que forme posiciones y se encuentre en capacidad de comunicar estas posiciones. Como hemos visto en la práctica, dentro de estos procesos muchas veces hay divisiones. Por ejemplo, en el caso Awas Tigni en el que yo era abogado, existían muchas divisiones y discusiones internas, incluso sobre si se debería ir a la Corte Interamericana o no. Luego, la discusión trataba sobre cómo iban a implementarse las reparaciones ordenadas por la sentencia, incluyendo la consulta previa por las acciones madereras en la zona.

Este caso nos deja una serie de lecciones. La consulta previa trata de que existan procesos democráticos mediante los cuales las comunidades puedan resolver estas decisiones. Desde la parte estatal, deberían impulsarse las condiciones para que los pueblos indígenas puedan organizarse, el Estado debería evitar estas divisiones.

Pregunta 8: Diego García-Sayán

¿Qué dice el Derecho internacional sobre los pueblos indígenas aislados, que habitan en áreas protegidas, superpuestas con concesiones petroleras y que se encuentran amenazados por el desplazamiento? ¿Cómo opera la consulta en esta situación?

Habría que ver cada caso, pero en general la consulta opera igual, se tiene que dar un proceso en el que la consulta se dé bajo los principios y sentencias de la Corte Interamericana en el marco del Convenio 169 OIT, arreglado a los usos y costumbres del pueblo indígena del que se trate. Los mecanismos en la toma de decisiones en los pueblos indígenas tienen sus propias particularidades y procesos. A veces surgen perspectivas distintas, que pueden ser inducidas desde fuera, que plantean gran responsabilidad para las entidades públicas que conduzcan estos procesos.

En cualquier caso, se trata de una responsabilidad del Estado, éste tiene que organizarse para lograr esto. Dudo que alguno ahora esté en capacidad de hacerlo, aún en estas circunstancias.

Pregunta 9: James Anaya

Necesidad y proporcionalidad han sido palabras claves en la exposición de James Anaya. ¿Quién determina el significado de estos términos? ¿se puede incurrir en la figura de abuso del derecho por parte de los pueblos indígenas en relación al ejercicio del derecho a la consulta?

El Estado, en su papel de protector de los derechos humanos de los pueblos indígenas, determina

qué satisface los requisitos de necesidad y de proporcionalidad. Sin embargo, debería haber procesos de revisión judicial para realizar las decisiones del Estado dentro del marco de la consulta, así como en otros contextos, cuando otorga concesiones o permisos. El Estado, acorde a su papel, debe poner a sus instituciones en primera instancia a favor de los pueblos indígenas.

Intervención y comentario de Diego García-Sayán:

La consulta es un proceso que se encamina a llegar a acuerdos de cumplimiento obligatorio para el Estado y para el pueblo indígena. La parte indígena deberá velar por que lo acordado mediante las negociaciones con sus representantes se respete. El Estado debe asegurar que los acuerdos sean sólidos y se cumplan. La modificación de los acuerdos por las partes es una distorsión del proceso de consulta. La consulta no es un proceso donde todo queda en una zona gris, sino que se redefine paso a paso y se concreta en acuerdos.

Pregunta 10: Diego García-Sayán

Los líderes y pueblos indígenas somos criminalizados, solo por defender nuestros recursos naturales. ¿Qué mecanismos debemos usar como defensa en este caso? Explique un caso previo.

Habría que ver qué se entiende como criminalización; pero en principio el derecho a la protesta social, es un derecho democrático que está dentro de los estándares y cánones democráticos. Para cualquier forma de violencia, limitación de libertad o abusos físicos, deben brindarse herramientas dentro del Estado para combatirlos. En caso de que estas herramientas amainaran, existe el sistema interamericano que puede actuar de manera inmediata a través de medidas cautelares o provisionales que por lo general funcionan ante los abusos del poder político.

Pregunta 11: James Anaya

Para tener un criterio claro para los Estados, ¿Qué características y criterios usaría para ver quiénes son los pueblos indígenas?

En todos los países existen criterios para identificar a los pueblos indígenas; pero en primera instancia es una cuestión de autoidentificación. Esto implica la identificación como un pueblo diferenciado, con una ligazón cultural y territorial; con un marco histórico, incluso precolombino; y con un sentido colectivo de querer mantener estas diferencias culturales y transmitirlas a las futuras generaciones. Esos son los criterios que se manejan a nivel internacional para su identificación.

Sin embargo, hay que recordar, que cuando se habla de derechos de los pueblos indígenas, estamos hablando de derechos humanos de aplicación general.

Ser indígena o no, no debe ser determinante para tener derechos o no; los derechos humanos son de todos aunque se aplican de forma diferenciada o específica cuando se trata de grupos determinados como los pueblos indígenas.

Pregunta 12: Diego García-Sayán

Se dice que la base de datos no otorga derechos. Sin embargo, la consulta se realiza a los pueblos que se encuentren en ella. ¿Comparte usted esa visión?

Este es un círculo vicioso o virtuoso. ¿La base de datos debe ser previamente consultada? y, ¿entre quiénes se consulta para que pueda haber un referente de participación?

Son temas que se plantean en varios países. En el caso de Colombia, por ejemplo, surgió la necesidad de hallar las condiciones adecuadas para que no se paralicen los procesos de consulta, ni se detenga la maquinaria de administración estatal. Esto trae dos problemas. Primero el problema práctico, hay decisiones que no se pueden tomar. Segundo, se puede generar la deslegitimación de un proceso de consulta, interpretándolo como un mecanismo para inmovilizar al Estado. Actualmente hay críticas severas por los trámites paralizados y la sensación de que inviabiliza los procesos de toma de decisiones en Colombia. El tema es de enorme complejidad, estos trámites deben darse efectivamente, pero en plazos razonables. No tengo una solución satisfactoria sobre qué hacer con la situación de la base de datos; sin duda, un buen ejemplo de las dificultades de este proceso.

Pregunta 13: James Anaya

En su opinión; ¿La creación de un área protegida o de un parque nacional donde existan pueblos indígenas, debe ser consultada?

Por supuesto, debería consultarse. Muchas de las quejas provenientes de Latinoamérica y de África versan sobre la creación de áreas protegidas dentro de sus territorios y los problemas que pueden surgir de esto. Por ejemplo, existen repercusiones sobre la caza, la pesca y otras actividades tradicionales y la formación de estos espacios.

La consulta tiene que ver cuando una decisión del Estado afecta los derechos de los pueblos indígenas. La creación de un parque va a afectar derechos y su ejercicio; por ejemplo, el derecho al desarrollo, a los recursos naturales, entre otros. Por ello, el pueblo indígena debería ser consultado con miras a llegar a acuerdos que protejan sus derechos.

2.3 Mesa temática "Experiencias de las Defensorías del Pueblo en la defensa del derecho a la consulta previa"

2.3.1 Colombia: Jorge Armando Otálora[6], Defensor del Pueblo de Colombia

Dado que ya se trató del sistema universal y del sistema interamericano; voy a hablar ahora del sistema nacional colombiano. En cuanto al tema de la consulta previa, debemos apartarnos de la concepción de que está desligad de los conflictos. Introduciré algunos aspectos jurídicos y políticos.

En primer lugar, hablaré sobre el contenido y alcance de consulta previa en Colombia. Este derecho está en vigencia desde la Constitución de 1986; sin embargo, no se menciona en lo más mínimo en dicha constitución. Este tema se empieza a abordar en la Constitución de 1991, en la que se reconoce de la diversidad étnica y cultural. El respeto a ésta, descansa en la mención a la autodeterminación de los pueblos y la protección del contexto cultural de los grupos indígenas. En esta Constitución se crean varias instituciones que tienen que ver con la consulta previa: la Corte Constitucional y la Defensoría del Pueblo. Sin embargo, no se hace referencia explícita a la consulta previa.

Recién en la ley 99, promulgada en 1993, se indica la obligatoriedad de la consulta a comunidades indígenas. Pero esta no puede considerarse el punto de partida de esta práctica en Colombia, sino recién en la sentencia emitida en 1997 por la Corte Constitucional en la que se hacen precisiones desde las cuales se desarrolla la jurisprudencia. Así, se determina que por tratarse de un derecho fundamental es susceptible a la acción de tutela. Se concluye que lo que se desea lograr es el consentimiento libre e informado de todas las comunidades, inspirado en la buena fe de las partes.

El tema de la consulta previa puede verse en torno al papel que juegan las Defensorías. En Colombia la Defensoría interviene en tres escenarios:

1. En condición de demandante.
2. En condición consultiva, cuando la Corte Constitucional invita a la Defensoría a participar del proceso.
3. Como garante del cumplimiento de los fallos de la Corte Constitucional, en la que su tarea es revisar y hacer el seguimiento de los procesos.

6 Abogado, especializado en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, con amplia experiencia en el sector público y privado en donde ha ejercido como defensor de los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos. En el área docente, se ha desempeñado como Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Manuela Beltrán.

Otro aspecto en el que la Defensoría actúa, es cuando se le convoca para que tramite las acciones de tutela. Hasta el momento se han hecho 18 acciones de tutela y 31 acciones de constitucionalidad. Es importante el acompañamiento que hace la Defensoría del Pueblo como interlocutor válido entre el Estado y los pueblos indígenas. La Defensoría del Pueblo actúa en el acompañamiento de los acuerdos buscando que sea respetado por las partes involucradas; es decir, actúa como un observatorio en donde se asesora a los grupos indígenas.

Recapitulemos algunos debates de hoy:

Aunque hay unanimidad en que la consulta previa no es un veto e incluso la Corte Constitucional Colombiana comparte esta visión; la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos hizo una precisión contradictoria en mi país al afirmar en su último reporte que "*La consulta previa es un mecanismo de veto*" (cita, reporte ONU del 7 enero de 2013, párrafo 94).

Otro tema de debate se centra en el caso de los afrocolombianos. Se plantea que tendrán acceso a la consulta solo quienes tengan título colectivo de sus tierras, aunque en Colombia esta situación se aplica únicamente al 10-15% de población. Esto genera algunas interrogantes. Primero, ¿cómo abordar el tema de los desplazados que tienen título y los que carecen de título? Segundo, ¿los voluntariamente desplazados a zonas urbanas, pueden acceder a consulta previa? Todos estos temas se deben dialogar.

2.3.2 Perú: Eduardo Vega Luna[7], Defensor del Pueblo de Perú

Contribuir decididamente a que todos los seres humanos tengan iguales condiciones de desarrollo y de respeto a su dignidad es el principio que guía la labor de las Defensorías del Pueblo.

En esta tarea, no exenta de complejidades, de escenarios contradictorios y, a veces, adversos, la labor del Ombudsman cobra mayor relevancia, sobre todo, cuando se trata de atender la situación de poblaciones vulnerables. Esta especial coyuntura se ha presentado a la hora de abordar la situación de los pueblos indígenas y de implementar las obligaciones contraídas por el Estado con la suscripción del Convenio 169 OIT, vigente en nuestro país desde 1995.

El Perú, al igual que la mayoría de países de Latinoamérica, tiene una gran diversidad cultural de estirpe indígena. Según el censo del 2007, más de cuatro millones de peruanos – es decir, cerca del 14% del total de nuestra población –, tiene como lengua materna a una lengua indígena.

De acuerdo con cifras del Ministerio de Cultura, en el Perú conviven por lo menos 52 pueblos indígenas: los Achuar, Amahuaca, Arabela, Asháninka, Awajún, Aymara, Bora, Capanahua, Caquinte, Cashinahua, Chamicuro, Chitonahua, Culina, Ese eja, Harakmbut, Iquito, Isconahua, Jaqaru, Jíbaro,

7 Veáse note de pie 1

Kakataibo, Kandozi, Kichua, Kukama-kukamiria, Marinahua, Mashcopiro, Mastanahua, Matses, Matsigenka, Munichi, Nanti, Nomatsigenga, Ocaina, Omagua, Maijuna, Quechuas, Resígaro, Secoya, Sharanahua, Shawi, Shipibo-Konibo, Shiwilu, Tikuna, Uitoto, Urarina, Uros, Wampis, Yagua, Yaminahua, Yanesha y Yine.

De ellos, los de mayor población hoy en día son los asháninkas y los awajún, asentados en nuestra Amazonía; y los quechuas que habitan en diversas zonas de la sierra peruana como Ayacucho, Cusco, Abancay o los Cañaris en Lambayeque.

Además, el Perú es uno de los siete países donde viven pueblos indígenas en situación de aislamiento o en contacto inicial, como los Kugapakori, los Nahua y los Nanti, cuya situación de extrema vulnerabilidad en términos inmunológicos, demográficos y territoriales merece una atención prioritaria del Estado. La identidad cultural de estos pueblos, el respeto a su vida, a su integridad, a su territorio, así como a su derecho a autodeterminarse, son componentes básicos para la plena vigencia de nuestra democracia.

Los pueblos indígenas han dado muestras permanentes de apuesta y compromiso con el desarrollo del país. Ellos enfatizan que el crecimiento económico no se contrapone con sus legítimas exigencias de respeto a sus derechos, de un trato equitativo, de su autodeterminación y participación. En suma, que la visión de nuestro país se nutra y represente las aspiraciones de todos sus habitantes, incluyendo la de los pueblos indígenas. Para lograr este objetivo, es vital el diálogo de buena fe del Estado con los pueblos indígenas. Como resalta el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, un diálogo de buena fe exige establecer una comunicación libre de presiones o manipulaciones, es decir: una comunicación cooperante para llegar a una decisión consensuada.

En el caso peruano, es inevitable recordar que antaño se tomó decisiones que involucraron el destino de las vidas y de los territorios de los pueblos indígenas, sin tener en cuenta su opinión, sus necesidades y sus expectativas de desarrollo. Dicha situación no puede continuar. Durante muchos años, los pueblos indígenas han sido depositarios de un trato estereotipado sobre su realidad, sus costumbres y su cosmovisión. Se ha asumido conclusiones que niegan o discriminan su identidad cultural y los procesos productivos que desarrollan.

La falta de interés o la inercia burocrática – en algunos niveles de Gobierno – constituyen una traba para atender integralmente las necesidades de las poblaciones indígenas y nativas y generan un contexto de discriminación que afecta intensamente sus derechos fundamentales. Así lo corroboran, por ejemplo, algunas políticas públicas sobre los recursos naturales que, aplicando un enfoque de "auto subsistencia", han limitado su acceso a los bosques, la fauna silvestre, los recursos hídricos e hidrobiológicos, restringiéndoles también su aprovechamiento. Este tratamiento ha minado la experiencia indígena de aprovechamiento sostenible de los recursos a favor de su propio desarrollo, desaprovechando sus espacios de participación para generar un contexto de comercio justo y de respeto a sus derechos.

Es necesario que el Estado atienda la agenda histórica de los pueblos indígenas: la pobreza, el analfabetismo, la baja calidad de la educación, el limitado acceso a la educación inicial, secundaria, técnica y profesional, así como la imposibilidad de ejercer ciudadanía mediante el uso de la propia lengua. Sin el incremento de los recursos presupuestales que se destinan a las políticas públicas en su favor, y sin el fortalecimiento de la institucionalidad estatal que debe atender estos temas, difícilmente se podrá superar esta situación de vulnerabilidad.

Desde hace algunos años, el Perú registra un número importante de conflictos sociales que, cuando no son atendidos oportunamente, generan crisis de alta intensidad y, otras veces, de confrontación violenta. El último reporte mensual de conflictos, de marzo de 2013, da cuenta de 167 conflictos sociales activos, algunos de los cuales involucran demandas no atendidas de los pueblos indígenas. De ellos, la falta de un diálogo intercultural y de la debida aplicación del derecho a la consulta previa resultan ser algunas de las causas más directas.

Frente a este contexto, resulta necesario sumar esfuerzos y promover en todos los niveles de gobierno, así como en nuestra sociedad, un trabajo permanente y articulado, que se oriente al diálogo de buena fe a favor de los pueblos indígenas.

En el caso de la Defensoría del Pueblo del Perú, nuestro esfuerzo se orienta a promover en el Estado una acción sistemática y coordinada para garantizar los derechos a la salud, educación, propiedad colectiva y recursos naturales de los pueblos indígenas, así como a la no discriminación y a garantizar la implementación de su derecho a la consulta previa.

En junio de 2009 se produjo un hecho lamentable que marcó un punto de inflexión en el tratamiento de la problemática indígena y del derecho a la consulta previa en el país. El enfrentamiento entre indígenas y la Policía Nacional en Bagua, Amazonas, el 5 de junio de 2009, dejó el terrible resultado de 33 muertes, entre policías, indígenas y pobladores de dicha región. Incluso ahora, el Mayor de la Policía Nacional Felipe Bazán Soles continúa desaparecido. Dicho enfrentamiento se originó por la publicación de decretos legislativos que afectaban seriamente su territorio y que no habían pasado por la consulta de los pueblos indígenas.

Entre las diferentes organizaciones indígenas, actores privados y el Estado se llegó a un consenso sobre la necesidad de implementar el derecho a la consulta. Por ello, nuestra institución decidió dar un paso más y el 6 de julio de 2009, presentó ante el Congreso de la República un Proyecto de Ley para aprobar una "Ley Marco del Derecho a la Consulta".

Dicho proyecto recogió el contenido esencial del derecho, las etapas del proceso, los criterios para identificar las medidas y los pueblos susceptibles de ser consultados. Asimismo, resaltó la importancia de la publicidad e información sobre la medida a consultar, la evaluación interna de las organizaciones indígenas, el proceso de diálogo y la etapa final de decisión. El proyecto permitió impulsar el debate político y la posterior aprobación de la Ley Nº 29785, del 7 de septiembre de 2011. Esta norma, una de las primeras medidas que impulsó el nuevo gobierno,

contó con la votación unánime de la representación nacional y el decidido apoyo del Presidente de la República.

El proceso previo fue complejo y difícil, pero, como lo hemos señalado, demuestra que es posible construir contextos de enorme oportunidad para la vigencia de los derechos. No cabe duda de que la Ley de Consulta Previa con que ahora cuenta el Perú es fruto de la incansable lucha, perseverancia y actitud propositiva de nuestros pueblos indígenas. Es también importante reconocer que en este proceso tuvieron particular relevancia las sentencias del Tribunal Constitucional peruano al desarrollar los principios y características que sustentan el contenido del derecho a la consulta previa. Como vemos, es la suma de esfuerzos y aportes los que han permitido al Perú ser uno de los primeros países que cuenta con una Ley del Derecho a la Consulta Previa.

Pero las leyes adquieren su verdadero sentido cuando se aplican en la realidad concreta. Por eso, voy a referirme brevemente a dos experiencias de consulta previa en el Perú: la aprobación de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre y la aprobación del propio reglamento de la Ley de consulta. En el caso del Proyecto de Ley Forestal y de Fauna Silvestre, nuestra institución recomendó al Congreso de la República que se incluyera no solo a los representantes de los pueblos amazónicos en el proceso de consulta, sino también a los pueblos indígenas de la zona andina. De igual modo, exhortamos a que se estableciera un cronograma de consenso, identificando claramente la metodología y los plazos de ejecución para cada una de las etapas del proceso.

Intervinimos también cuando la Comisión Agraria aprobó, por mayoría, el dictamen de Proyecto de Ley, indicando que se había cumplido con el "proceso de consulta", al haberse sostenido una reunión con las organizaciones indígenas. En ese caso, precisamos que esa reunión correspondía solo a la etapa informativa del proceso, e instamos a completarlo con las etapas siguientes: de evaluación interna, de diálogo y de adopción de acuerdos.

El Congreso acogió nuestras recomendaciones y firmó el Acta de Consulta con los puntos de acuerdo y desacuerdo de las partes. Debo destacar que todos los acuerdos que se lograron forman parte, íntegramente, del Proyecto de Ley que finalmente fue aprobado. Hasta hoy este ha sido el único proceso de consulta legislativa realizado, por lo que exhortamos al Parlamento Peruano a que aplique un proceso de consulta a los proyectos de ley pendientes.

La segunda experiencia que supervisamos fue la del propio Reglamento de la Ley de Consulta iniciada en noviembre de 2011. Nuestra intervención contó con el pedido expreso del Poder Ejecutivo y con la anuencia de las organizaciones indígenas, tanto en la etapa de evaluación interna, que incluyó seis eventos macro regionales y un encuentro nacional, como en la etapa de diálogo, que se llevó a cabo en seis reuniones.

Durante el proceso de reglamentación, emitimos recomendaciones al Poder Ejecutivo a fin de que las autoridades responsables y representantes de las organizaciones indígenas establezcan un cronograma de consenso para el desarrollo de la etapa de diálogo, que garantizara la revisión detenida de cada uno de los artículos de la propuesta del reglamento.

Sumado a ello, destacamos la importancia de que las partes cuenten con un documento metodológico apropiado a la búsqueda de consenso y que todo lo sucedido en la etapa de diálogo – acuerdos y disensos – conste en un acta de consulta. Estas recomendaciones fueron acogidas en su integridad.

Es importante señalar que durante *la etapa de diálogo,* dos organizaciones presentaron sus respectivas propuestas de modificación del reglamento. Sin embargo, otras cuatro comunicaron su decisión de no continuar participando del proceso de consulta, en tanto no se modificaran determinados artículos de la Ley de Consulta porque consideraban que eran contrarios al Convenio 169 OIT.

De esta forma, hubo un proceso de reglamentación en el que participaron algunas organizaciones indígenas y otras que pidieron la modificación de la ley por el Congreso de la República. El proceso concluyó el 29 de febrero de 2012 con la adopción de 119 acuerdos y 22 disensos. Nuestra institución recomendó al Poder Ejecutivo de entonces, cumplir íntegramente con los acuerdos suscritos. Lamentablemente solo se han cumplido parcialmente, lo que afecta la legitimidad del contenido final de la norma reglamentaria.

Sabemos que ninguna ley es perfecta ni satisface plenamente a todos los miembros de una sociedad ni a todas las organizaciones indígenas. Si bien toda ley es perfectible, nos corresponde señalar que la Ley de Consulta Previa recoge – en lo sustantivo – el espíritu del Convenio 169 OIT. Nos toca a todos y todas cautelar que esta ley, que ha costado tanto, no se malgaste y pueda implementarse adecuadamente, en la compleja, diversa y desafiante realidad peruana.

Por otro lado, junto con el seguimiento de los dos procesos de consulta recomendamos al Estado la publicación de los instrumentos de gestión que orienten la actuación de los funcionarios públicos en la implementación del derecho a la consulta.

En marzo de este año, recomendamos a la Presidencia del Consejo de Ministros y al Ministerio de Cultura, ente rector en la materia, que publiquen la Base de Datos Oficial de los Pueblos Indígenas u Originarios, que debe servir como una fuente de información y de ayuda a las entidades del Estado al momento de realizar los procesos de consulta previa. Hemos sido claros en señalar que la falta de publicación de esta base de datos no exime al Estado de la obligación de realizar las consultas que sean necesarias, según lo establecido en la ley.

Asimismo, hemos insistido para que se publique la "Guía metodológica para la implementación del derecho de consulta". Recientemente, el Poder Ejecutivo ha cumplido con publicarla señalando que la guía será un documento en constante proceso de actualización y mejora, dado que su contenido se irá enriqueciendo a medida que se dinamicen los procesos de consulta. Por su parte, el Ministerio de Cultura ha cumplido con crear el Registro Oficial de Intérpretes, el Registro de Facilitadores y el Registro de resultados de los procesos de consulta previa. Igualmente, ha

aprobado la directiva que regula el procedimiento para el Registro de Intérpretes de las Lenguas Indígenas u Originarias.

En lo que concierne al rol del Ministerio de Energía y Minas, recomendamos implementar los procesos de consulta en los catorce proyectos mineros en cuya localización, según información del propio sector, se ha verificado la existencia de pueblos indígenas. También exhortamos al Ejecutivo garantizar el derecho a la propiedad y a la consulta previa respecto de un proyecto minero en la Comunidad de San Juan Bautista de Cañaris, reconocida como una comunidad indígena desde 1956, que cuenta con un 64% de personas quechua hablantes y cuyos pobladores se autoreconocen como indígenas. En este caso, el sector Energía y Minas señaló que no pudo realizar la consulta previa porque no se ha publicado la base de datos. Consideramos que esta postura es errada e insistiremos en su realización de acuerdo con nuestro mandato constitucional.

De otro lado, ante el anuncio de la Empresa Estatal Perupetro de realizar un proceso de consulta antes de la licitación del Lote 192 para la explotación de hidrocarburos, se vienen realizando reuniones preparatorias con las organizaciones indígenas de las cuencas de los ríos Corrientes, Tigre, Marañón y Pastaza. Durante el inicio de la etapa preparatoria de dicho proceso, diversas organizaciones indígenas de la Región Loreto presentaron reclamos ante el Estado por las condiciones ambientales en la zona y su impacto en la salud de las personas. Debido a ello, se hace necesario que el Estado continúe con la preparación de este proceso y con la participación de las organizaciones indígenas involucradas. Así se lo hemos hecho saber al Ejecutivo.

Como pueden advertir, son varios los esfuerzos desplegados en nuestro país a favor de la implementación de este derecho, especialmente para contar con un marco jurídico nacional y herramientas de gestión. No obstante, queda una tarea pendiente muy importante respecto a la efectiva implementación de la consulta previa en las medidas administrativas referidas a proyectos de inversión. Ese es un reto que está planteado para este año. No existe ningún fundamento para considerar que la consulta a los pueblos indígenas tiene por objeto detener o paralizar las inversiones. Por el contrario, su razón de ser es darle al crecimiento del país el aporte sustantivo de los pueblos indígenas y de su perspectiva de desarrollo, previniendo y evitando, además, situaciones de conflictividad que sí, afectan seriamente a las inversiones.

El balance que hoy presento da cuenta de una serie de avances, pero también muestra que estamos aún en el inicio del camino. Desafíos como estos ponen a prueba nuestra vocación democrática y convicción de que la persona humana es la medida y el efecto de todos nuestros esfuerzos. Los problemas, las dificultades y las observaciones que hemos realizado a la gestión institucional, a la normativa aprobada y, en suma, a la política pública en materia de consulta, tienen el único afán de contribuir responsablemente a fortalecerla y legitimarla. Es una oportunidad inmejorable para labrar una nueva visión del país en la que los pueblos indígenas sean realmente actores de su propio desarrollo.

He querido compartir con ustedes este balance con la esperanza de que pueda ser útil para los procesos de consulta que se vienen gestando en sus propios países. Tengo la firme convicción de que el diálogo de buena fe y la búsqueda de consensos entre el Estado y los pueblos indígenas fortalecerán los procesos democráticos de nuestros países. La Declaración Universal de los Derechos Humanos nos recuerda que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.



Primera mesa temática: Jorge Otálora, Eduardo Vega

2.4 Lectura y firma de la Declaración de Lima sobre el Derecho a la Consulta Previa

2.4.1 La Declaración de Lima sobre el Derecho a la Consulta Previa

Pronunciamiento de la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO) sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas

Las instituciones que constituimos la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO), reunidas en Lima, Perú, con motivo del encuentro: "El Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas: El Rol de los Ombudsman en América Latina", emitimos la siguiente declaración:

América Latina se caracteriza por una gran diversidad cultural que es rasgo fundamental de su identidad, fuente de gran riqueza y, al mismo tiempo, un reto para los procesos de inclusión social, la consolidación de la gobernabilidad y los derechos humanos en la región.

Aún persisten situaciones de vulneración de los derechos de los pueblos indígenas, por la subsistencia de condiciones estructurales de pobreza, exclusión y discriminación que generan afectaciones a sus derechos.

Consideramos que garantizar el derecho a la consulta previa permite que los pueblos indígenas formen parte del proceso de decisión de su propio desarrollo, sus formas de vida y bienestar de acuerdo con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Por tales razones, nos comprometemos a:

1. Incrementar nuestros esfuerzos en la promoción y defensa de los derechos de los pueblos indígenas y, en especial, del derecho a la consulta previa.
2. Supervisar que los Estados realicen una adecuada implementación del derecho a la consulta previa, e incorporen mejoras en las políticas públicas, en la legislación y en sus mecanismos institucionales.
3. Reforzar nuestros canales de comunicación con los pueblos indígenas para conocer sus demandas y necesidades.

La FIO tiene la seguridad de que el cumplimiento de estos compromisos traerá consigo una mejor protección de los derechos de los pueblos indígenas que garantice su inclusión en el desarrollo de la región.

Dada en Lima, República del Perú, a los 25 días del mes de abril de 2013.



Lectura de la Declaración de Lima

2.4.2 Preguntas de la prensa

Pregunta 1: Defensor del Pueblo de El Salvador, Oscar Humberto Luna

¿Qué opinión emitiría a las comunidades y al Estado cuando hay discordancias en el proceso de consulta previa?

Las instituciones de derechos humanos tenemos facultades para exigir al Estado su cumplimiento. Como procuradores tenemos facultad de denunciar y censurar públicamente su incumplimiento. En El Salvador, podemos solicitar una medida cautelar para evitar que se produzcan daños irreparables. Además, podemos incidir en que los gobiernos cumplan y eviten las violaciones de los derechos humanos. También tenemos la facultad de elevar la disputa a una organización internacional en el marco de nuestras facultades.

Pregunta 2: Al Defensor del Pueblo de Perú, Eduardo Vega

¿Qué dificultades hay en establecer quiénes son las comunidades indígenas que accedan al derecho?

En las normas se establece claramente cómo se identifican a los pueblos indígenas: existen criterios objetivos y subjetivos que permiten identificar a los pueblos indígenas. Por ejemplo, el idioma, las costumbres y la relación con el territorio pueden identificar a los pueblos indígenas. Estos criterios han motivado que en la ley se consigne como se identifica una comunidad indígena. Además, tenemos el problema de que la publicación de una base de datos aún sigue pendiente.

2.5 Conferencia magistral "El derecho a la consulta previa desde un enfoque intercultural"

El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas tiene como componente fundamental el diálogo intercultural. Esto significa la creación de canales institucionales entre el Estado y los pueblos indígenas, que permitan arribar a acuerdos, que tengan un diálogo en igualdad de condiciones y que se respeten y aprovechen las diferencias culturales existentes.

Esta Conferencia Magistral tiene como objetivo conocer la relación e importancia del enfoque intercultural en la implementación del derecho a la consulta previa en todos los países de la región, sus retos, dificultades y avances que permitan ayudar en el proceso de implementación.

2.5.1 Fidel Tubino[8], Profesor principal del Departamento de Humanidades de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Para abrir el debate sobre la consulta previa en el Perú, primero nos debemos plantear la pregunta ¿Por qué surge una Ley de Consulta?

En primer lugar, se debe considerar la razón histórico-contextual. En nuestro caso, esto se refiere al efecto del "Baguazo" del 2009. En ese momento, se abrieron mesas de diálogo entre representantes de organizaciones indígenas y el Estado, donde la Defensoría del Pueblo del Perú tuvo un lugar protagónico entre marchas y contramarchas.

En segundo lugar, debemos tomar en cuenta la razón cultural. En nuestra cultura política existe una fuerte tendencia hacia el legalismo, la idea de que *"los problemas se resuelven con leyes"* es preponderante. Por ejemplo, la ley incorporó la educación intercultural e inició el cambio social.

Me parece interesante que por primera vez en el Perú el diálogo intercultural se tome directamente como un mandato legal. Sin embargo, esto plantea dos problemas latentes. Por un lado, hay expectativas sociales insatisfechas y, por otro, se produce el descrédito preocupante del estado de derecho.

Para explicar mejor la finalidad real de la Ley de Consulta, citaré su artículo 3 donde se ejemplifica la necesidad del diálogo intercultural:

"La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado".

---

8 Doctor en Filosofía por la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. Fue Decano de la Facultad de Estudios Generales Letras de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es docente en diversas materias relacionadas a ciudadanía intercultural y ética y cuenta con diversas publicaciones al respecto.

Se explicita de este modo que para llegar a acuerdos, el diálogo intercultural debe ser tomado como el medio principal. Así, urge formar "mediadores interculturales" y certificarlos adecuadamente. No basta con ser un traductor que conozca las lenguas sino que también las mentalidades de ambas lenguas. Así, por ejemplo, encuentro dificultades para traducir qué se entiende como estudio de impacto ambiental. El mediador oficial debe estar preparado para ser "traductor", capaz de encontrar "equivalentes homomórficos" recíprocos. El traductor debe ser capaz de manejar dialógicamente conflictos que tienen raíces históricas en la "herida colonial" y que involucran componentes económicos, políticos y culturales. No debe perderse el componente cultural en las relaciones políticas que se encuentran detrás de los conflictos socioambientales. Sólo de esta manera, puede evidenciarse que lo que está en juego para el inversionista (la cantidad monetaria) es distinto a lo que está en juego para los pueblos indígenas (supervivencia física, identidad, hábitat ancestral).

Luego de esta explicación, abordaremos brevemente el tema del diálogo intercultural como mandato legal contenido en el artículo 14 de la Ley de Consulta;

"El diálogo intercultural se realiza

A. Sobre los fundamentos de la medida legislativa o administrativa,

B. Sus posibles consecuencias respecto al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios

C. Las sugerencias y recomendaciones que estos formulan, las cuales deben ser puestas en conocimiento de los funcionarios y autoridades públicas responsables de llevar a cabo el proceso de consulta"

Mi interpretación al respecto, es que dialogar no es "poner en conocimiento" del otro una decisión; sino un proceso de escucha recíproca (ponerse en el lugar del "otro"). Esto necesariamente implica un "inter-aprendizaje", entendido como la ampliación de los puntos de vista de los interlocutores. Recién puede ampliarse el acuerdo cuando se escucha al otro. Las partes involucradas deben tener la disposición necesaria para aprender del otro, y estar libres de ideas preconcebidas.

Para dialogar, es necesario primero crear las condiciones para hacerlo. Estas deberían ser de dos tipos: objetivas (pactar las reglas del diálogo entre las formas culturales posibles de deliberación pública, generar la ausencia de coacción interna y externa) y subjetivas (reconocer el componente cultural del conflicto sin desvalorar al otro y tener la apertura de trabajo). En el Perú se dialoga sin condiciones.

Además, el diálogo cultural debe verse como un proceso constante y darse durante la realización de los grandes proyectos extractivos. En el inicio, antes de autorizar o emprender programas de exploración o explotación de los recursos naturales que existen en los territorios indígenas; durante, a través de la mediación intercultural; y al final, para llegar a un acuerdo total, parcial

o no acuerdo. Cabe remarcar que en ninguno de los casos se debe caer en la trampa de un "vacío legal".

Finalmente, resalto algunos de los desafíos que se configuran en el Perú de hoy con respecto a este tema:

1. El dilema de la "base de datos". La base de datos no debe ser determinante para aplicar o no la ley de consulta. Planteo que empecemos por consultar con las comunidades reconocidas en ella.
2. La consulta no es vinculante legalmente; sin embargo, la gente la entiende como "vinculante". Es difícil manejar esta situación dado que las personas tienen la idea de que si la ley no es vinculante, no tiene sentido el proceso generado.
3. Una ley como la nuestra inevitablemente genera procesos de etnogénesis. Así, empiezan a aparecer pueblos que se reconocen "indígenas" a pesar de no serlo.
4. La formación de mediadores interculturales con acreditación oficial. Se sabe que actualmente se están formando traductores pero se necesitan muchas más medidas. Considero que los representantes del Estado y las universidades podrían realizar alianzas en este tema.

2.5.2 Manuel García[9], Representante de la Organización Internacional del Trabajo

Compartiré algunas reflexiones surgidas del propio mandato del Convenio 169 y del diálogo tripartito que caracteriza a la Organización Internacional del Trabajo. En todo este proceso hay un intercambio permanente. Los países presentan memorias que no reflejan solamente la visión oficial, sino también la visión desde la perspectiva de sus representantes y de los líderes de sus organizaciones indígenas.

Quiero empezar por definir la consulta previa como el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas de participar en los procesos que los afectan. Este derecho fundamental genera una obligación a los Estados y sociedades donde estos pueblos habitan. Ese derecho se ejerce y la obligación correspondiente se aplica ante cualquier medida que pueda afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Aquí aparece una palabra fundamental sobre el derecho a la consulta. Se dialoga en torno a una medida que afecta a los pueblos indígenas, el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Por tanto, no desviemos la consulta en un ejercicio que se aplica a la extracción de recursos naturales en un territorio. En suma, se trata de una nueva forma de democracia multicultural, la única forma de democracia posible en sociedades cultural y étnicamente diversas.

9 Coordinador Regional para América Latina del Programa para Promover el Convenio 169 (PRO 169) de la OIT. Ha trabajado como Coordinador Subrregional para Sudamérica del Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) de la OIT y como Coordinador General de la Cooperación Española en Ecuador.

Llegamos entonces a la ecuación de la consulta. La primera característica es que si no hay medida, no se consulta. La segunda es que sólo se consulta la medida que afecta a los pueblos indígenas. La determinación de la afectación resulta de la reflexión compartida de los participantes y no de la imposición de una parte. La materia donde se concentra el diálogo intercultural es la afectación, objeto de la consulta.

Una segunda consideración se encuentra en que la consulta y la participación son indesligables. El conflicto, no se resuelve consultando, sino abriendo espacios de participación que lleven a nuevas posibilidades de diálogo. La finalidad de la consulta, más allá de cualquier principio de consentimiento, es que los pueblos indígenas puedan influir en las decisiones que van a afectar sus vidas, su identidad y sus derechos. Por tanto; este proceso tiene como finalidad que los pueblos puedan participar efectiva e influyentemente en estos procesos.

Esto es solo posible desde un diálogo intercultural como componente esencial, en el que se encuentran culturas y percepciones distintas, que tienen que reconocer y respetar sus diferencias y a partir de ello construir consensos.

La consulta no agota la relación entre el Estado con los pueblos indígenas. Se ha instalado un debate que olvida que la consulta tiene una finalidad más allá del acuerdo y el consentimiento. Se trata de la piedra angular del Convenio. La finalidad de la consulta consiste en que los pueblos indígenas participen, se reconozcan como actores de las decisiones del Estado, y se garantice su inclusión teniendo en cuenta su aspecto cultural. En otras palabras, que sean actores de los procesos políticos.

Nos olvidamos del verdadero debate: ¿cuál es la situación de los pueblos indígenas de América Latina el día de hoy? ¿Qué pasaría si realizáramos un informe Martínez Cobo? Eso tiene que llevarnos a plantear que la consulta y la participación no pueden ser elementos aislados de la política pública. Si no nos situamos en el contexto de una política pública que promueve el desarrollo y respeta la identidad, no somos capaces de generar instituciones públicas que puedan gestionar esa política. Esto nos lleva a preguntarnos, después de enumerar los criterios de quienes son colectividades indígenas, ¿por qué el Convenio 169 OIT en su segundo artículo comienza diciendo que los gobiernos deberán desarrollar una acción sistemática y coordinada con los pueblos interesados para proteger su identidad, sus derechos y su integridad como pueblo?

Si no hacemos eso, cargaremos el peso de toda la temática indígena no atendida por generaciones. No es extraño que cuando se discute la posibilidad de consultar las actividades del lote 192, las federaciones indígenas de los cuatro ríos reclaman que se discutan cincuenta años de actividades petroleras y los pasivos ambientales, exponiéndose una agenda irresuelta desde hace años.

Es preocupante que la consulta pueda convertirse en una parte aislada de la política pública y no un elemento angular de una política pública. Una sociedad nacional de un país que se reconozca como multicultural y plurilingüe tiene el enorme desafío de generar procesos de participación en todas las esferas para que los pueblos indígenas sean parte de las decisiones que se tomen.

La consulta es inviable como política única. Debemos preguntarnos qué otras políticas públicas funcionan con respaldo social para integrar a las comunidades en nuestras sociedades y generar el desarrollo de los pueblos indígenas. Debemos anotar que la consulta es inseparable de la participación y que se necesita para ello mediadores capacitados en comunicación bilingüe e intercultural, que respeten los procesos internos de los pueblos indígenas y el acceso a una adecuada información.

Debe recordarse que la consulta tiene la finalidad de lograr un acuerdo, término que prefiero al de consentimiento. El acuerdo implica construir un consenso desde el reconocimiento y el respeto de la diferencia. Las Defensorías del Pueblo tienen una responsabilidad, un desafío y un reto por delante. Considero que este espacio permite elaborar conceptos e intercambiar experiencias sobre avances y desafíos. Estoy seguro de que este evento ayudará a avanzar enormemente en este proceso.

2.5.3 Gerardo Jumí Tapias[10], Coordinador General de la Coordinadora Andina de Organizaciones

Mi saludo en nuestra lengua a un público hace referencia a un "tío", o un referente de sabiduría. Cuando se le dice "Yambá" se refiere a "*Usted y yo estamos unidos*". Por cada pueblo que desaparece, desaparece también un pensamiento, una filosofía. Estamos viviendo transformaciones legales pero falta mucho camino por recorrer, ya que aún no hay logros a nivel institucional.

Plantearé mi discurso en dos niveles: en el primero abordo el tema jurídico; y en el segundo sugiero algunos planteamientos indígenas. Es necesario mencionar la libre determinación y el autogobierno; el veto, y si a los indígenas se les puede despachar únicamente con indemnizaciones. Además, comentaré el tema de la soberanía; si es de los gobiernos o de los pueblos indígenas.

Los pueblos indígenas conservamos los mayores recursos de la biodiversidad; los bosques, aguas, ríos y montañas; sin embargo, allí también están los recursos mineros y energéticos que los ponen en riesgo. Si cambian los cauces de los ríos, el comportamiento climatológico, ¿qué será de nuestras futuras generaciones? Sería necesario que los hábitos de alimentación, de consumo y hasta la forma de pensar cambien substancialmente. El capital y el consumismo buscan acabar con todo.

Los pueblos indígenas no se oponen al desarrollo, sino al crecimiento de unos pocos y a la degradación del ambiente. Este año vamos a celebrar la 5ta cumbre de los pueblos indígenas, como preparación al Foro Permanente de los Pueblos Indígenas y vamos a presentarnos al evento de ONU sobre la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La cultura es una creación, la educación también; estamos pensando en metas de 20 o 50 años.

10 Pertenece al pueblo indígena Emberá. Es Licenciado en Ciencias Sociales, con estudios de Maestría en Ciencia Política, líder en la promoción, protección y defensa de los derechos humanos, en el fortalecimiento organizativo y la autonomía de los pueblos de origen étnico para lograr su supervivencia física, cultural y política. Fue Senador en Colombia y Consultor en el Programa Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

En relación al veto, considero que los pueblos indígenas tienen el derecho y la capacidad, como naciones indígenas, de disponer de él frente a proyectos que puedan afectar sus vidas. En relación a los estándares internacionales y la reglamentación, y los expositores no lo han mencionado, hay un enorme afán de los gobiernos de hacer consultas previas de manera rápida. Frente a esto, la Convención de Viena señala que no se podrán emitir normas que desconozcan o limiten los derechos reconocidos en tratados internacionales y tampoco se podrá acudir a normas nacionales para justificar el incumplimiento al tratado.

El artículo 15, numeral 2 del Convenio 169 OIT, señala que si los pueblos indígenas deciden de manera soberana y autónoma ser socios, propietarios, o accionistas de sus recursos, no se les puede despachar con una escuela sin profesor. La soberanía no la pueden tomar los gobiernos. Así como la consulta es un derecho fundamental, los pueblos indígenas no deben vivir bajo una relación de subordinación, sino de bilateralidad. Estamos hablando de estados democráticos, y por ende, de diálogo sin el uso de la fuerza. Los pueblos indígenas son actores políticos del desarrollo y se debe contar con su consentimiento y su derecho a la objeción cultural y espiritual, conviviendo con el Estado, no soportando sus imposiciones.

Cada uno de ustedes tiene el deber de trabajar por la persistencia física y cultural de los pueblos indígenas.



Conferencia magistral sobre el enfoque intercultural: Fidel Tubino, Gerardo Jumí, Manuel García

2.5.4 Preguntas del público

Pregunta 1: Manuel García

¿Qué implica el llegar a acuerdos en los procesos de consulta?

Llegar a un acuerdo implica un proceso de diálogo. Está implícito que el hecho de que se abra la posibilidad de su participación en el proceso de diálogo influya en la decisión posterior. La lógica del Convenio 169 OIT es que el proceso de consulta se encamine a eso. Si nos situamos en la definición de la consulta (proceso participativo en las decisiones), el acuerdo es la derivación lógica de esa participación. Lo que ocurre es que contamos con procesos de consulta fracasados, total o particularmente, que denotan procesos forzados. Si hablamos de consulta, debemos hablar de un real ejercicio de los mecanismos de participación.

Pregunta 2: Gerardo Jumí

¿Qué opina sobre el desarrollo de megaproyectos en zonas de conflicto armado?

No se debería llevar a cabo el desarrollo de megaproyectos donde hay conflicto armado. El gobierno no puede tomar esa decisión y luego, de manera secundaria, llevar a cabo la consulta, porque estaría vulnerando los derechos humanos. La Corte Constitucional de Colombia constató en su resolución 004-2009 que existen pueblos indígenas en extinción como consecuencia del conflicto armado.

2.6 Mesa temática "El rol de los Ombudsman en la promoción del derecho a la consulta previa"

Esta Mesa tiene como objetivo conocer las acciones, las estrategias y los retos que afrontan las instituciones estatales en derechos humanos en cada uno de sus países para fomentar la protección y garantía de los derechos de los pueblos indígenas.

2.6.1 Ecuador: Ramiro Rivadeneira[11], Defensor del Pueblo de Ecuador

La Defensoría del Pueblo del Ecuador (en adelante, DPE) es una institución de derecho público, con autonomía económica y administrativa y con jurisdicción nacional. Su máxima autoridad es elegida por concurso público de méritos y oposición ciudadana por un periodo de 5 años.

11 Doctor en Jurisprudencia y Magíster en Ciencias Internacionales por la Universidad Central del Ecuador. Ha colaborado por varios años en organizaciones de derechos humanos, justicia y democracia. En el sector público se ha desempeñado como asesor jurídico de la Corte Constitucional del Ecuador; asesor del Ministro de Justicia y Derechos Humanos y Subsecretario Jurídico del Ministerio del Interior.

Sus competencias están establecidas en la norma constitucional y la ley, en la cual se le asignan entre otras facultades, las de investigar de oficio o a petición de parte situaciones y casos concretos donde se amenacen los derechos humanos y de la naturaleza reconocidos en la Constitución de la República. Así mismo, la DPE puede intervenir en la vigilancia del debido proceso judicial o administrativo en casos donde se presuma o se amenace alguna de las normas del debido proceso establecidas en la Carta Fundamental de la República. Puede presentar proyectos de ley a la Asamblea Nacional, solicitar a la Corte Constitucional la selección de sentencias de garantías constitucionales para desarrollar jurisprudencia en casos de alta relevancia jurídica-constitucional, presentar demandas de garantías constitucionales o solicitar la adopción de medidas cautelares para impedir la vulneración de derechos.

La misión central de la Defensoría del Pueblo de Ecuador es promover y proteger los derechos de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos que habitan en el país, de las ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior, y de los derechos de la naturaleza, para propiciar la vida digna y el buen vivir.

Señalaré una breve evaluación sobre los avances y dificultades para la implementación del derecho a la consulta previa en el Ecuador. Las normas constitucionales respecto del derecho de los pueblos indígenas a la consulta establecen dos categorías: La primera se refiere a la consulta previa consignada en el Art. 57 Núm. 7 de la Constitución, que dispone el derecho a "La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos naturales no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente", cuya fuente principal es el Convenio 169 OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, instrumentos ratificados y suscritos por el Ecuador.

La segunda categoría es el derecho a la consulta pre legislativa, reconocida en el Art. 57 Núm. 17 que establece el derecho de los pueblos indígenas y demás colectivos a "Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos". Es importante destacar que la Constitución ecuatoriana al reconocer derechos colectivos para los pueblos indígenas, lo hace de forma similar con los pueblos afroecuatorianos, montubios y las comunas, que a pesar de ser colectivos con realidades culturales diferentes, tienen el mismo rango derechos, que los pueblos indígenas. Señalaré una serie de puntos importantes:

A. Sobre la consulta previa

En la legislación ecuatoriana encontramos un limitado desarrollo de normas respecto a la consulta previa. Sin embargo, estas disposiciones no contienen los estándares mínimos fijados por la Constitución y los instrumentos internacionales, debido a que algunas de estas disposiciones están desactualizadas en relación al marco constitucional vigente, pues hacen referencia exclusivamente a la consulta previa como mecanismo de participación ciudadana sin abordarla como derecho de los pueblos indígenas.

La Ley Orgánica de Participación Ciudadana y la Ley de Minería realizan apenas una copia textual del texto constitucional. En el caso de la primera, redunda en la disposición constitucional. La Ley de Minería fue motivo de demanda de inconstitucionalidad. La Corte Constitucional del Ecuador, mediante sentencia, declaró la constitucionalidad condicionada de varios artículos de esta Ley, entre ellos el artículo 90 que se refiere a la consulta ambiental, manteniéndolas válidas y vigentes mientras no se apliquen en territorios de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas, afro ecuatorianas y montubias; debido a que toda actividad minera que se pretenda realizar en territorios indígenas deberá someterse a la consulta previa establecida en el artículo 57 numeral 7 de la Constitución.

La ausencia de normas precisas que regulen los sujetos, mecanismos y alcances de la consulta previa ha provocado que muchos procesos de consulta hayan sido cuestionados por las comunidades que se consideran directa e indirectamente afectadas. y que Estas conciben que no se han respetado los estándares mínimos de aplicación del proceso ya sea en la forma de entregar la información, la proporcionalidad del tiempo estimado para tomar las decisiones, la vinculación de los criterios y opiniones dadas por las comunidades, los sujetos que participan en la consulta y la capacidad de diálogo y procesos deliberativos entre el Estado y los sujetos consultados. Muchas comunidades se sienten excluidas del proceso de consulta, otras consideran que dicho proceso ha sido simplemente la entrega de información compleja y poco relevante en reducidos espacios de participación.

Esta inconformidad ha agudizado el conflicto social, haciendo que los sectores que participan en los procesos de consulta opten en su mayoría por oponerse a los proyectos propuestos y demanden judicialmente la nulidad de las licencias ambientales y los proyectos en marcha. Esto ha traído como consecuencia un alto nivel de polarización social que impide el diálogo y los acuerdos entre actores que deberían conciliar posiciones a fin de garantizar el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el respeto a los derechos de las personas y la naturaleza que pudieran verse afectadas por las actividades puestas en ejecución.

La aplicación de criterios e instrumentos inadecuados de consulta ha provocado que el Estado tenga inconvenientes a la hora de responder a las demandas sociales de quienes se sienten afectados directa e indirectamente por los proyectos a través de la incorporación de observaciones que permitan reconducir los proyectos. Todo ello ha repercutido en la calidad de los estudios y planes de manejo ambiental, que no responden plenamente a la satisfacción de los derechos afectados por la ejecución de los proyectos sino a una lógica de mercado.

En cuanto al contenido y alcances del derecho a la consulta a pueblos indígenas, se han presentado situaciones que se confunden con las disposiciones del derecho a la consulta ambiental. Esto se genera debido a que la norma constitucional incorpora el derecho a la consulta tanto en el capítulo de derechos colectivos, como en el capítulo relacionado con naturaleza y ambiente. En

efecto, mientras en el art. 57 Núm. 7 menciona que "Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley"; el art. 398 establece que "si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley". Ello nos induce a plantear que la norma constitucional no ha establecido un procedimiento claro que permita conducir a una decisión de parte del Estado, cuando hayan poblaciones indígenas que se opongan al desarrollo de los proyectos sometidos a consulta.

Respecto del consentimiento como resultado de un proceso de consulta, debo mencionar que en Ecuador su aplicación ha tenido limitada acogida e influencia sobre el diseño de los marcos normativos y su relevancia generalmente se ha visto relativizada en función de los objetivos de políticas de corto plazo con altos incentivos a la inversión en la industria extractiva, a la ampliación inmediata de las fronteras productivas de recursos naturales no renovables, etcétera. Sin embargo, existen innumerables experiencias que ilustran cómo la inobservancia del derecho al consentimiento ha derivado en la oposición de los pueblos y las comunidades a grandes proyectos, especialmente mineros, estableciendo su paralización, actividades que en la práctica no se han podido desarrollar por la oposición de las comunidades.

Uno de los avances que ha realizado Ecuador en cuanto a la protección de los derechos de los pueblos indígenas, fue la de definir a los pueblos en aislamiento voluntario y sus territorios como intangibles. La Constitución de Ecuador garantiza la intangibilidad de estos pueblos y sus territorios, en cuyos espacios está vedada toda actividad extractiva. Con esto se resuelve una situación problemática que se ha presentado en otros países de la región, en donde al pretender realizar el proceso de consulta a los pueblos no contactados o sus organizaciones representativas, se impulsa forzadamente su contacto.

El incumplimiento de esta obligación, o la realización de la consulta sin observar sus características esenciales, comprometen la responsabilidad internacional de los Estados.

La Corte Interamericana estableció que *"El Estado, al no consultar al pueblo Sarayaku sobre la ejecución del proyecto que impactaría directamente en su territorio, incumplió sus obligaciones, conforme a los principios del derecho internacional y su propio derecho interno, de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que Sarayaku participara a través de sus propias instituciones y mecanismos y de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que incidían o podían incidir en su territorio, vida e identidad cultural y social, afectando sus derechos a la propiedad comunal y a la identidad cultural*".

Finalmente, respecto de la regulación en el derecho interno de la consulta previa, la Corte ya ha observado que, en la evolución del *corpus juris internacional*, la Constitución ecuatoriana

del año 2008 es una de las más avanzadas del mundo en la materia. Sin embargo, también se ha constatado que los derechos a la consulta previa no han sido lo suficiente y debidamente regulados mediante normativa adecuada para su implementación práctica. En consecuencia, ordena como medida de reparación, que "El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa a los pueblos y comunidades indígenas y tribales y modificar aquellas que impidan su pleno y libre ejercicio, para lo cual debe asegurar la participación de las propias comunidades".

B. Respecto de la consulta pre legislativa

Existe un avance cualitativo en la Constitución del año 2008 respecto del derecho a la consulta a pueblos indígenas que señalaba la Constitución del año 1998. En efecto, la Constitución del 2008 reconoce como derecho de los pueblos indígenas, afro ecuatorianos y montubios, el derecho a "Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos". Si bien este derecho ya está en el Convenio 169 OIT, que reconoce como obligatorio el proceso de consulta no sólo para actividades legislativas sino para medidas administrativas, el hecho que se reconozca a la consulta pre legislativa en la carta magna, es una medida que la ubica como parte del bloque de constitucionalidad. Esto hace más efectiva su observancia y aplicación, de modo que permite a las comunidades, en un momento previo a la radicación del proyecto en el órgano legislativo correspondiente, tener "las debidas oportunidades para que ellas no sólo conozcan a fondo el proyecto sino, sobre todo, para que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso".

La práctica ha establecido que la consulta pre-legislativa se aplique para aquellas medidas que emergen del órgano legislativo nacional, sin embargo existen otros espacios institucionales en donde se ejerce la legislación, sea a nivel nacional, regional, provincial o local.

Ahora describiré algunas de las acciones que ha realizado la Defensoría del Pueblo para promover el derecho a la consulta previa. La Defensoría del Pueblo de Ecuador ha intervenido y aportado en el desarrollo de mecanismos y políticas que permitan la aplicación eficaz y adecuada de las normas constitucionales y legales que garantizan los derechos de las comunidades indígenas, relacionadas a la consulta previa. La intervención ha sido en dos ámbitos misionales, la promoción y la protección de los derechos.

En el ámbito de promoción, la Defensoría del Pueblo ha desarrollado capacitaciones, talleres, carpas informativas, donde se promocionan los derechos reconocidos por la constitución ecuatoriana, entre los que se encuentran los derechos de los pueblos indígenas. Es relevante destacar que con el apoyo de Oficina Regional de la Organización Internacional del Trabajo y del proyecto Pro 169-, se realizó este proceso, en su primera fase se efectuó en 5 provincias ecuatorianas. Como resultado se obtuvo: 130 personas (112 funcionarios públicos y 18 integrantes

de la organizaciones sociales) que recibieron herramientas conceptuales y metodológicas sobre los derechos de las comunidades indígenas, dando especial énfasis al derecho a la consulta previa y pre legislativa.

En el presente año, en el marco de un convenio celebrado con el Ministerio Coordinador de Patrimonio Cultural y el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, se desarrolló un proceso de capacitación a los/las funcionarios/as de la DPE a nivel nacional en torno a derechos colectivos de los pueblos indígenas y afro ecuatorianos. Esta actividad se realizó en el marco del cumplimiento que el Estado ecuatoriano a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, donde se obliga al Estado a capacitar a los funcionarios/as públicos sobre derechos colectivos, especialmente los relacionados a la consulta previa.

Finalmente, debo manifestar que el reto más grande que tenemos como DPE y como país, es propiciar desde nuestras autonomías institucionales, espacios de diálogo y entendimiento entre los diversos actores sociales para que vean al proceso de consulta no como un obstáculo para la ejecución de los proyectos o como una oportunidad para oponerse a ellos, sino para que se convierta en un espacio que permita construir democracia real, que genere condiciones para llegar a acuerdos o lograr el consentimiento de las comunidades consultadas de forma transparente y justa.

2.6.2 Bolivia: Rolando Villena Villegas[12], Defensor del Pueblo de Bolivia

Bolivia tiene una población aproximada de 10 millones de personas, el 62 % de esta población se identifica como indígena. Nuestra Constitución señala la existencia de 36 pueblos originarios, 15 de los cuales se encuentran en situación de alta vulnerabilidad, en riesgo o en camino a su desaparición. Los pueblos quechuas y aymaras, que habitan principalmente las zonas altiplánicas y los valles centrales, suman el 56 % de la población indígena.

En el año 2009, luego de más de 20 años de lucha contra la discriminación y la exclusión sistemática, y el reconocimiento pleno de sus derechos, el movimiento de pueblos indígenas logró que se instituya y determine la naturaleza plurinacional del país, es decir la transformación de un Estado nación a un Estado de naciones. La Constitución Política de Bolivia, promulgada ese año luego de un largo proceso de construcción colectiva, y de ser aprobada mayoritariamente mediante referéndum, señala con claridad que "Dada la existencia pre colonial de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la

12 Teólogo de profesión, obispo de la iglesia Evangélica Metodista en Bolivia y ex presidente de la Asamblea Permanente de Derechos Humanos de Bolivia (APDHB).

consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley".

Asimismo reconoce a cada una de las naciones indígenas una serie de derechos referidos a todos los ámbitos del Estado, entre las cuales se encuentran el derecho a;

- La libre determinación y territorialidad.
- La titulación colectiva de tierras y territorios.
- A vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas.
- A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros.

La Constitución señala como fundamental "*el derecho a ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan*".

Este derecho se complementa con la ratificación por el Estado boliviano, del Convenio 169 OIT, y de la elevación a rango de Ley de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; además de normativas internas como la Ley N° 3058, que incorpora el proceso de consulta y participación a los pueblos indígenas, cuando se pretenda desarrollar actividades hidrocarburíferas en sus tierras comunitarias de origen, propiedades comunitarias y tierras de ocupación y acceso.

Existen tensiones que ponen en riesgo el derecho a la consulta; hay conflicto entre las visiones de desarrollo entre los sectores de gobierno y los pueblos indígenas. En términos de infraestructura, industrialización y comunicación, no existe o es mínimo. La propia institucionalización del Estado clásico aún débil, está aprehendiendo a convivir con las normas y procedimientos de la justicia comunitaria de los pueblos indígenas; resultado del complejo proceso de transición de un Estado monocultural a un Estado Plurinacional.

El actual gobierno ha determinado que se debe asegurar prioritariamente la eliminación de la extrema pobreza desde la visión del desarrollismo, como un mecanismo para alcanzar la modernización del Estado. Es decir, a partir de la implementación de medios, mecanismos e instrumentos conocidos como las carreteras, aeropuertos, escuelas, hospitales, que deben implementarse aún sin la aceptación de los pueblos indígenas interesados, y en otros, con la aceptación de los mismos.

Es importante resaltar la relación circular de esta determinación del gobierno: los recursos naturales que puedan extraerse de los territorios indígenas aportan los recursos necesarios para la implementación de mejoras en su calidad de vida, pero también para el desarrollo del país

en su conjunto, habida cuenta que Bolivia no ha logrado superar su estado de dependencia de la explotación y exportación de los recursos naturales como materia prima no renovable. Otro factor importante es el avance permanente del desplazamiento interno, una suerte de colonización interna; es decir, la penetración paulatina pero incontenible de grupos de campesinos agricultores provenientes de las zonas andinas y los valles, impulsados por la búsqueda de mejores condiciones de vida en las tierras no explotadas de los territorios indígenas. Se debe sumar además en este escenario, la intervención no menos importante de empresas madereras, petroleras y mineras que pese a estar reguladas por el Estado, motivadas por sus propios intereses económicos, generan conflictos permanentes con los intereses sociales y económicos de los pueblos indígenas.

La visión gubernamental, sumada a los factores anotados, ocasiona necesariamente una colisión con los pueblos indígenas, depositarios del derecho a decidir sobre sus territorios y plenamente conscientes de ellos, que oponen resistencia no a la posibilidad del desarrollo, sino al derecho a ser consultados de manera adecuada y legítima sobre los planes del Estado que puedan afectar su propia existencia o su determinación, basados en el respeto a su posición.

Esta diferencia se ha convertido en confrontación en el caso de la decisión gubernamental de construir una carretera por el centro del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboró Sécure (TIPNIS), habitado originalmente por tres pueblos indígenas fuertemente asediados por el avance de los colonos productores de coca, los campesinos agricultores y los traficantes de maderas.

El conflicto lleva ya dos años de permanencia en la agenda política y pública y ha generado tres marchas del movimiento indígena, dos acciones de represión violenta por parte del Estado, suscitado hostigamiento a sus dirigentes y fuerte presión sobre las comunidades. En ninguno de los casos de represión se han concluido las investigaciones ni se ha sancionado a los instigadores y ejecutores. Además este conflicto propició la realización de un proceso de consulta extemporáneo y controvertido en sus resultados, y la promulgación de dos leyes específicas, una que declara la intangibilidad del parque en cuestión (ley 180) y otra que autoriza la construcción de la carretera (ley 222).

En el caso específico del derecho a la consulta por la carretera dentro del TIPNIS, que debió tener las características de ser libre, previa e informada, a nuestro criterio fue vulnerada por haberse realizado cuando el proyecto ya estaba en marcha, sin la concertación con los pueblos indígenas afectados y desde la planificación y ejecución directa del gobierno, que involucró a los pueblos indígenas adyacentes al parque predispuestos a la aprobación de la carretera.

El caso TIPNIS no es el único que tiene que ver con el derecho a la consulta, existen otros parques de importancia regional y nacional que exigen contar con una normativa y un protocolo que les permita ejercer el derecho a la consulta. En ese sentido, se llevan a cabo reuniones con las dirigencias indígenas y el órgano ejecutivo, en la línea de contar con una ley del derecho a la consulta.

El pueblo Guaraní ha desarrollado importantes experiencias sobre el derecho a la consulta y participación en procesos de negociación en el ámbito de la actividad hidrocarburífera, tanto con autoridades de instancias estatales como directamente con actores institucionales de empresas operadoras en el sector hidrocarburos. Estas negociaciones privilegian la compensación como retribución equitativa por afectación a los derechos colectivos y la indemnización en el caso de que se verifique la existencia de daños y perjuicios materiales emergentes de las actividades desarrolladas en este sector.

Los procesos de consulta en el sector de hidrocarburos han sido asumidos por las empresas operadoras quienes negociaban directamente con autoridades y líderes representantes de los pueblos indígenas; es decir, la búsqueda de acuerdos por parte de las empresas, se constituía en una condición o requisito para operar, lo que en algunas ocasiones ha incidido en que las negociaciones giren en torno a compensaciones económicas, lo que a su vez ha generado en muchos casos descontento, malestar y divergencias por el manejo de los recursos al interior de las organizaciones indígenas.

Es de esperar que estas contradicciones originadas por el accionar de las empresas, así como la necesidad que tiene el Estado de asumir su responsabilidad plena en el ejercicio de su soberanía, sean superadas por la ley marco de consulta y su reglamentación a ser sancionada. Las experiencias dan cuenta de la debilidad de las autoridades de las instancias estatales competentes, del poco cumplimiento de la responsabilidad del Estado de conducir los procesos de aplicación de la consulta a los pueblos indígenas, probablemente ante la inexistencia de una normativa específica.

En el sector minero no se cuenta con una normativa específica que regule el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, ante esa falencia se aplica la consulta pública. Esto genera una serie de reclamos por parte de los representantes de los pueblos indígenas y da lugar a situaciones de alta conflictividad y consecuencias sobre la afectación de los derechos humanos, aún mayores a las registradas en las zonas amazónicas y tropicales.

En la zona amazónica de Mosetén, recibimos denuncias sobre irregularidades y omisiones al derecho a la consulta, particularmente referidas a la aplicación unilateral de la consulta por el Ministerio de Hidrocarburos que trata directamente con las comunidades de base sin respetar las estructuras e instancias organizacionales ni las organizaciones matrices, dando lugar a la creación de organizaciones paralelas a las de origen en el proceso de consulta, así como conflictos y situaciones confusas que debilitan sus aspiraciones de acceso a la justicia; a eso se añade el hostigamiento permanente y discriminatorio de representantes de la empresa operadora.

Comentaré el rol de la Defensoría del Pueblo en este proceso. En la nueva Constitución se establece con claridad la obligación de la Defensoría del Pueblo de promover la defensa de los derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, de comunidades urbanas e interculturales, en el marco de lo previsto en las leyes y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Consecuente con este mandato, hemos creado la Unidad de Derechos Humanos de Naciones y Pueblos Indígenas Originarios Campesinos, incorporando en el Plan Estratégico Institucional el Programa denominado: "Vigencia de los Derechos de las Naciones y Pueblos Indígenas Originarios Campesinos y Madre Tierra", en el que se incluye como un proyecto específico, el derecho a la consulta. De manera sistemática y permanente se han desarrollado acciones dirigidas a promover espacios de análisis, comprensión y entendimiento del derecho a la consulta, involucrando a actores de instituciones estatales, de pueblos indígenas y del sector empresarial en el marco de la composición tripartita de la OIT.

Hemos propuesto lineamientos a la comisión de construcción de la Ley Marco de Consulta y realizado comentarios al anteproyecto de la citada Ley, resaltando los siguientes aspectos:

I. Se asigne el tiempo necesario para desarrollar el proceso de consulta, conforme a las solicitudes de las organizaciones indígenas, buscando que no sea la urgencia sino el consenso necesario el componente que guíe este proceso.

II. Se proporcione información previa y culturalmente adecuada para que las organizaciones deliberen y analicen en espacios propios, por cuanto, los conceptos, preceptos y términos del documento son poco familiares a la cultura y modo de vida de los pueblos indígenas, en quienes predomina la cultura oral y visual, por encima de la escritura y lectura.

III. Que no exista un protocolo previo elaborado por las instancias externas a los pueblos indígenas para la socialización de la Ley de consulta.

IV. Involucramiento de actores ausentes en el proceso de construcción y socialización del anteproyecto de la Ley Marco de Consulta.

V. La consulta no solo debe aplicarse en tierras comunitarias de origen (TCOs), sino también en territorios ancestrales titulados o en proceso de titulación, ocupados en posesión colectiva.

VI. Es necesario que se implemente un tratamiento diferenciado y por separado de la consulta previa y de la consulta pública.

VII. La consideración de los casos en los que requieren consentimiento previo libre e informado, sea conforme a la normativa nacional e internacional y la jurisprudencia.

VIII. Se incorpore a las materias que requieren consulta, las medidas legislativas o reglamentarias mediante las cuales se aprueban contratos de la industria extractiva, por cuanto, estas han sido excluidas de la consulta.

IX. Se suprima la responsabilidad de los pueblos indígenas de aportar con recursos para la aplicación de la consulta previa, debido a que es una responsabilidad de los Estados.

X. Se incorpore la exploración como materia de consulta y para efectos de compensación e indemnización.

La Defensoría del Pueblo, coherente con el mandato constitucional y con el convencimiento que el ejercicio de los derechos de las naciones indígenas, no puede quedarse en el componente discursivo y simbólico, sino que debe traducirlo en acciones concretas, que respondan a políticas públicas y/o políticas de Estado priorizando su rol de defensa de los mismos.

Su posición con relación al derecho a la consulta, no excede en ningún momento lo acordado en los pactos internacionales sobre derechos de las naciones indígenas, ni sobrepasa a lo que especifica la Constitución Política del Estado. Creemos que esos parámetros deben guiar las actuaciones de las instituciones defensoriales en la región.

En el caso de Bolivia, hay un componente que transversaliza el análisis y es precisamente la citada naturaleza plurinacional de nuestro Estado. Esto implica que asumimos una igualdad plena de derechos entre la sociedad constituida como República y los pueblos indígenas originarios campesinos, lo que incluye que se respeten y acaten las decisiones generadas desde sus propias visiones y concepciones.

Entendemos que existen procesos de aculturación e incluso de desculturización que pueden haber afectado de manera importante la cosmovisión de los pueblos indígenas e incluso su organización; sin embargo, debemos ser coherentes con nuestros propios principios y respetar, apoyar y defender las decisiones que hayan emergido de los procesos de consulta, que no podemos entender como referéndum o encuestas sino como verdaderos espacios de reflexión y diálogo abierto, que incluya e involucre a todas y todos los miembros de la comunidad indígena, respetando sus propios sistemas de decisión, con toda la información necesaria y sin la injerencia o presión de actores o factores de interés externos.

2.6.3 Brasil: Aurélio Veiga Rios[13], Procurador Federal de los Derechos del Ciudadano de Brasil

Desde la promulgación de las Convenciones de La Haya, en 1907 (ratificada en 1914) y especialmente con la suscripción de la Carta de San Francisco (ratificada en 1945) de la constitución de las Naciones Unidas, Brasil asumió ante la comunidad internacional el papel de corresponsable por la promoción de los derechos humanos. En ese proceso participó activamente en la promulgación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ambas de 1948; recientemente ratificó la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y reconoció la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Brasil está vinculado a este orden internacional de protección a los derechos humanos por su propia Constitución, que determina que el Estado se regirá en sus relaciones internacionales con

13 Abogado con maestría en derecho público por la Universidad de Bristol en Inglaterra. Dentro del Ministerio Público Federal ha sido coordinador de Defensa de los Derechos de la Persona Humana en la Procuraduría de la República en el Distrito Federal, Coordinador de actuación institucional en materia indígena en ámbito de Procurador general de la República, entre otros.

base en el principio de la prevalencia de esos derechos (art. 4°, II). Ese precepto se refuerza por las normas ampliativas del papel de derechos fundamentales que reconoce que Brasil es un Estado multiétnico y que el gobierno de la mayoría no puede descuidar la defensa de las minorías. La minoría étnica no llega al 2% del país, pero aun así se considera importante.

Eso conlleva una consecuencia extremamente importante para el análisis del Convenio 169 OIT: las leyes y actos normativos solo tienen validez si son compatibles, simultáneamente, con la Constitución Federal y con los tratados internacionales de derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico brasileño.

Quiero señalar que en Brasil, no existe la figura del Ombudsman o Defensor del Pueblo bajo los moldes de otras Constituciones iberoamericanas, porque el Continente brasileño insertó la defensa de los derechos fundamentales y de la ciudadanía entre las innumerables atribuciones del Ministerio Público brasileño. El Ministerio Público en Brasil ejerce, también las funciones de fiscal de la ley y de Defensor del Pueblo. Esa situación híbrida cuenta con ventajas, en especial, en el uso de las atribuciones típicas del Ministerio Público ante el Poder Judicial para promover la implementación de derechos fundamentales, suscitar la actuación extrajudicial, típica de las Defensorías del Pueblo y, con ello, evitar la demora y eventual fracaso del litigio judicial.

Según la Constitución brasileña, compete al Ministerio Público velar por el efectivo respeto de los poderes públicos y de los servicios de relevancia pública a los derechos garantizados en la Constitución, promoviendo las medidas necesarias para su garantía (art. 129, II de la Constitución). La Ley Complementaria 75/93 establece que corresponde a la Procuraduría Federal de los Derechos de los Ciudadanos ejercer la defensa de los derechos constitucionales del ciudadano, y en su artículo 5° establece que compete al Ministerio Público la defensa de los derechos e intereses colectivos de la familia, los niños, los adolescentes y los mayores. Existe una Cámara de coordinación específica para atender a las comunidades indígenas y minorías, coordinada por la Dra. Deborah Duprat, nuestra Vice procuradora General de la República. Compete también al Estado las tareas de fiscalización. Si el Convenio 169 OIT expresa la consulta previa; esta no puede ser posterior y el Estado tiene que actuar para prevenir el hecho consumado.

La consulta a los pueblos indígenas, en lo referente a las medidas administrativas y legislativas que puedan afectarlos, es la consecuencia lógica y necesaria de su autodeterminación. Lo que significa la posibilidad de trazar para sí, libres de la interferencia de terceros, sus proyectos de vida. Otra consecuencia lógica de la autodeterminación de los pueblos indígenas es que la consulta sea, en efecto, previa. La consulta al final del hecho sobre el que se pretende discutir, es una mera formalidad sin sustancia, incompatible con las libertades expresivas y la gestión del propio destino que les garantizan tanto la Constitución, como la Convención 169 OIT. La consulta previa e informada de los pueblos indígenas consta en la mayor parte de los documentos internacionales que, de alguna manera, les concierne. Y, además de ser una norma convencional, también es un principio general de derecho internacional.

Los principios y contenido básico de la consulta previa fueron elaborados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de la "interpretación evolutiva" del artículo 21 de la Convención Americana, teniendo como parámetros las disposiciones de la Convención 169 OIT, la jurisprudencia del Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y los informes del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas.

Conscientes de la importancia de este tema y con la garantía de la participación social, el gobierno brasileño, a través del Grupo de Trabajo Interministerial (GTI), creado en 2012, agrupó 22 entidades públicas que buscan promover el diálogo con los pueblos interesados en definir y orientar el proceso de reglamentación. El diálogo se construye mediante reuniones locales en donde las partes interesadas sugieren el formato de la consulta, de manera que el texto del Reglamento es el resultado de un consenso. En la actualidad, el curso del proceso de consulta está paralizado, aunque se había previsto llevar a cabo encuentros regionales, reuniones, seminarios, estudios sobre el tema y un encuentro nacional para consolidar el consenso y los desacuerdos entre las partes interesadas: los representantes de los pueblos interesados, expertos, instituciones públicas, sector privado y sociedad civil.

En Brasil existe una enorme controversia constitucional sobre el decreto legislativo que autorizó el aprovechamiento hidroeléctrico de Belo Monte porque la visita a las comunidades afectadas, debió ser precedida por la consulta previa e informada a las comunidades como se establece en los artículos 6º y 7º de la Convención 169, de la OIT, promulgada por el Decreto Nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Se citan estos artículos a continuación:

"Artículo 6º 1. Al aplicar las disposiciones de la presente Convención, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y, particularmente, a través de sus instituciones representativas, cada vez que sean previstas medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente.

Art. 7º 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de escoger sus propias prioridades en lo referente al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, así como las tierras que ocupan o utilizan de alguna forma, y controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, esos pueblos deberán participar de la formulación, aplicación y evaluación de los planos y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarlos directamente."

A este respecto, el Comité de Expertos de la OIT estableció, que el requisito de consulta previa implica que esta debe llevarse a cabo antes de tomar la medida o realizar el proyecto que afecte a las comunidades, incluyendo medidas legislativas; y que las comunidades se involucren lo más rápido posible en el proceso. Al tratarse de una consulta previa y la adopción de una medida legislativa, los pueblos indígenas deben ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben restringirse a propuestas.

En la región donde se pretende construir la UHE Belo Monte, viven varios pueblos indígenas, entre los que se encuentran aldeanos de las tierras de Paquiçamba y Arara da Volta Grande del Xingú o Arara do Maia. Se estima que la reducción de los niveles de agua en el trecho acarreará impactos de todo orden: biológicos, sociales, culturales, etc. En este contexto, ante una obra que afecta significativamente a los pueblos indígenas ubicados especialmente en Volta Grande del Xingú, la autorización del Congreso Nacional para su realización, sin oír antes la opinión de las comunidades, vulnera lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Convenio 169 OIT y a la jurisprudencia que se firmó en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La concesión de la competencia al Poder Legislativo indica que se trata de la instancia política más abierta a la deliberación democrática, ya que en sus decisiones hay espacio para la discusión entre los representantes a través de un dialogo intercultural.

Las violaciones de los derechos humanos en procesos de construcción de represas en el país fueron objeto de estudio y recomendaciones de otra Comisión Especial del CDDPH, compuesta por miembros del Poder Ejecutivo, los representantes del Movimiento de los Afectados por las Represas, la Academia, la Defensoría Pública de la Unión y el Ministerio Público Federal. Los trabajos desarrollados por esta Comisión dieron lugar a un informe aprobado por el Consejo en diciembre de 2010, que, con algunas salvedades del Ministerio de Minas y Energía y del Ministerio del Medio Ambiente, presenta, entre otras, las siguientes conclusiones, que cito a continuación:

"Los estudios de caso permitieron concluir que el padrón vigente de implantación de represas propiciaron de manera recurrente graves violaciones de los Derechos Humanos, cuyas consecuencias acaban acentuando las ya graves desigualdades sociales, traduciéndose en situaciones de miseria y desestructuración social, familiar e individual. Los estudios realizados permitieron identificar algunos de los factores que contribuyeron a las violaciones de los derechos de los afectados por las represas. En lo referente a los temas relacionados al derecho a la Consulta Previa, se destaca el siguiente factor: "Falta de información, esencial para la garantía del derecho a la participación democrática"."

Entre las muchas razones que acaban impidiendo que las informaciones pertinentes lleguen, a los principales interesados, pueden mencionarse: la omisión o recusa de ofrecer a los interesados informaciones relevantes; como, por ejemplo, resultados de análisis catastrales o, incluso, la lista de familias y propiedades consideradas afectadas por parte de la empresa; la falta de asesoría jurídica; el uso de lenguaje inaccesible al público no especializado; y el aporte de informaciones contradictorias u otro estudio usado para contradecir esto. En ninguno de nuestros proyectos se cumple con la normatividad del Convenio 169 OIT. Los pueblos indígenas de Brasil y de Ibero América deben tener asegurados sus derechos en todas las fases del proceso, y en caso de que

no concuerden con las acciones que causen impactos socioambientales en sus territorios, deben tener libertad para decir para decir tres palabras muy importantes: no, no y no.

2.6.4 México: Cruz Teresa Paniagua[14], Cuarta Visitadora General de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México

En América Latina se estima casi 400 grupos indígenas cuya cifra representa de 40 a 50 millones de personas. Desde los años ochenta, los pueblos indígenas han sido dinámicos actores sociales en la región. Según los datos de la CEPAL del año 2000, en términos absolutos, México era el país con mayor volumen de población indígena con 7, 618, 990 de un total de 97, 014, 867 personas, seguido de Bolivia y Guatemala. Cabe resaltar que en la región, son escasos los diagnósticos socio demográficos sobre los pueblos indígenas, debido a la ausencia de datos precisos.

Hasta el año 2010, con 112.3 millones de habitantes, México ocupaba el undécimo lugar en el mundo, y de esta cifra el 6.6% es de población indígena. Estos pueblos y comunidades han estado marcados por determinantes históricos conocidos por todos; rodeados por una cultura de dominación con prácticas discriminatorias, que a pesar de ser poseedores de tierras, suelen ser despojados de ellas sin el consentimiento previo, libre e informado al que tienen derecho. Basta señalar que la población indígena de México está asentada primordialmente en Oaxaca que ocupa 1.5 millones, Chiapas con 1.2 millones y Puebla, Veracruz y Yucatán con 900 mil cada una y que el 90% de aquella se ubica en las regiones biogeografías del trópico húmedo, trópico seco, zonas templadas – que son las más ricas – y desierto y semidesierto.

El territorio y los recursos naturales constituyen para los indígenas elementos esenciales e inalienables de su vida y desarrollo en comunidad, fundamentales en su historia, identidad y vida. Estos elementos deben ser vistos como parte de su cosmovisión y no como “objetos de uso”.

En México tenemos un proceso contrario al caso peruano, se ha realizado un gran caso de consulta, pero la ley en sí está truncada. Expondré primero algunos avances, y luego dificultades que hemos tenido para la implementación del Derecho a la Consulta Previa en México. El Derecho a la Consulta se encuentra regulado en el Artículo 2°, apartado B, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El 14 de agosto de 2001 se reformó el Artículo 2° de la Constitución Política en el que se reconocen los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en diversas vertientes, entre las que se encuentra el Derecho a la Consulta y a la Participación. A partir de ese año, 14 entidades (de las 32 con que cuenta México) contemplan el Derecho a la Consulta: Campeche, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guerrero, Jalisco, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, San Luis Potosí, Tabasco y Yucatán.

14 Magíster en Comunicación Institucional, con Posgrado en Periodismo de Investigación y Licenciatura en Derecho, en ambos casos por la Universidad Iberoamericana. Fue conductora titular de noticiarios, comentarista, redactora, reportera, productora y jefa de redacción por lo que obtuvo el Premio Nacional de Periodismo otorgado por el Club de Periodistas de México.

En septiembre de 2008 y en marzo de 2010, el Senado y la Cámara de Diputados presentaron una iniciativa con proyecto de Decreto por el que se crearía la Ley General del Sistema Nacional de Consulta Indígena y la Ley Federal de Consulta a los Pueblos y Comunidades Indígenas respectivamente. Se determinó llegar a un consenso, se conformó un grupo técnico, se elaboró un anteproyecto de Ley sometido a los plenos de cada Comisión Indígena de ambas Cámaras en septiembre de 2010 y que fue aprobado. Partiendo de este anteproyecto, se acordó llevar a cabo la Consulta con la colaboración de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, organismo descentralizado de la Administración Pública Federal que diseña y opera un sistema de consulta y participación indígenas.

De esta forma, la Consulta se inició el año 2010 con 7 foros informativos y de difusión a nivel regional en San Luis Potosí, Oaxaca, Ciudad de México, Sonora, Nayarit, Chiapas y Veracruz, donde asistieron las etnias más representativas. Además, se realizaron dos coloquios en Oaxaca y el Distrito Federal y 71 Talleres en 28 Estados de la República Mexicana con la participación de 2,969 representantes indígenas de zonas rurales y urbanas, incluyendo los afromexicanos. De 71 Foros en 28 Estados, se obtuvieron 61 resultados, entre los que destacan los siguientes. En 28 Foros (45.9%) se hizo referencia a la importancia del consentimiento sobre la medida a implementar. En 50 Foros (81.96%) se expresó que en todo proceso consultivo se logren acuerdos y que se plasmen por escrito. En 31 Foros (50.81%) se hizo hincapié en que la consulta sea libre. En 40 Foros (65.57%) se planteó realizar la consulta previa y en 55 Foros (90.16%) se hizo la propuesta de generar espacios donde los pueblos indígenas puedan lograr consensos.

Con las observaciones recogidas en la Consulta, el anteproyecto legislativo fue adicionado, generándose un segundo anteproyecto el 29 de junio de 2011. En el Senado, se plantearon nuevas adiciones que se incorporaron al texto para presentarlo como iniciativa. El 24 de noviembre de 2011, senadores de la Comisión de Asuntos Indígenas presentaron ante ella la iniciativa por la que se crea la Ley General de Consulta a los Pueblos y Comunidades Indígenas. En esa fecha, la Mesa Directiva dispuso su análisis y dictamen. En términos generales, son 29 Artículos contenidos en ocho Capítulos, sin embargo, concluyó la LXI Legislatura sin haberse aprobado el dictamen. Iniciada la LXII (en septiembre de 2012) la Comisión de Asuntos Indígenas determinó mantener vigente el proyecto que hasta hoy se encuentra en estudio para proseguir con el proceso legislativo.

Ahora plantearé algunas dificultades. En la República Mexicana se producen diversos conflictos por la posesión y explotación de las tierras. Incluso, se ha llegado a señalar que *"en México hay 52 puntos de conflicto"* entre pueblos indígenas y empresas transnacionales enfocadas a la minería y proyectos hidroeléctricos. Como ejemplos están, entre otros, los casos de la presa Picachos (Sierra de Mazatlán, Sinaloa), presa La Yesca (Cauce de Río Grande de Santiago, Municipios de Hostotipaquillo, Jalisco y La Yesca, Nayarit), presa La Parota (Cause del Río Papagayo, Acapulco, Guerrero), Wixárika (Mina en Real de Catorce, San Luis Potosí), presa el

Zapotillo, Temacapulín (Cañadas de Obregón, Jalisco), Minera Ocotlán (San José del Progreso Oaxaca), Santa María Ostula (Aquila Michoacán), Cherán (Cherán, Michoacán) y los poblados de Montes Azules (Chiapas).

Por su parte, el "Pronunciamiento de Pueblos y Organizaciones en contra de la Explotación Minera" del 12 de abril de 2011 señaló que al 2009 las concesiones a empresas mineras llegaba al 26.5% del territorio mexicano y que el 2011, esta ocupación se incrementó hasta alcanzar el 40%, de acuerdo con datos oficiales de la Cámara Minera.

Ambas referencias ponen de manifiesto que existen dificultades latentes por zanjar para abrir paso a un derecho legítimo de las comunidades, aunadas a la complejidad de los temas indígenas. Otra dificultad para garantizar el derecho a la consulta es la dispersión de normas, lineamientos, y la falta de sistematización y armonización de los estándares internacionales existentes, lo que puede ocasionar una protección ineficaz de los derechos fundamentales de las poblaciones indígenas.

Las fuentes de derecho regional sobre el tema están integradas por los informes y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la OEA.

Son importantes también las directrices de organismos multilaterales como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, las cuales a pesar de no ser de observancia obligatoria para los Estados, fijan estándares sobre el derecho a la consulta, cuyo cumplimiento influye en los préstamos a los Estados. Todos los instrumentos emitidos hasta la fecha por los organismos universales y regionales, conforman una amplia normatividad aplicable al Derecho a la consulta, que deben ser analizados, estudiados y aplicados por los Estados.

Otra dificultad se presenta en la tendencia de los analistas, jueces, legisladores y gobiernos que tratan el problema como si fuera un todo, perdiendo de vista que consiste en un procedimiento con varios pasos, que va desde la publicidad de los pormenores del proyecto que se planea ejecutar en territorio indígena, hasta los participantes y la duración de la misma. Debido a ello un estudio global resulta insuficiente y deficiente, se requiere de un análisis desagregado de los temas y repercusiones que tiene para el Estado mexicano, para los pueblos indígenas, el sector privado y otros actores.

Presentaré algunas acciones que ha realizado la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) para promover el derecho a la consulta. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos que preside el Dr. Raúl Plascencia Villanueva, como Organismo Público Autónomo del Estado mexicano, ha asumido el compromiso de trabajar, por un lado, mediante actividades de promoción y difusión para que el derecho a la consulta de los pueblos y comunidades indígenas sean respetados; y por otro, mediante la investigación de presuntas violaciones a los derechos humanos que de manera transversal tienen relación con él.

Incluso, por conducto de la 4ª Visitaduría General, con el propósito de contribuir al estudio y difusión del Derecho a la Consulta, entre otros temas relacionados con los derechos humanos de los indígenas, la CNDH asume como reto permanente a nivel nacional, culturizar, mediante capacitación permanente, a la población indígena en sus propias comunidades, a las autoridades que tienen trato con ellos y a las organizaciones de la sociedad mexicana en general.

Para efectos de promoción y difusión, la CNDH, en paralelo a las disposiciones de respeto a los derechos humanos de la población indígena impulsa y distribuye material de promoción, principalmente sobre los derechos humanos de pueblos y comunidades indígenas, entre los que se encuentra el derecho a la consulta previa, literatura que se difunde a través de carteles a personas indígenas, estudiantes de nivel básico al superior, pobladores de comunidades indígenas, servidores públicos, personal penitenciario, indígenas reclusos y público en general.

Por su parte, el Centro Nacional de Derechos Humanos, instancia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos que tiene entre otros objetivos realizar estudios e investigaciones académicas y dirigir e impulsar el Centro de Documentación y Biblioteca de la propia Comisión Nacional, cuenta en su acervo con obras relacionadas con el derecho a la consulta para ofrecer al público. Del mismo modo, mediante la publicación "Los Derechos Humanos de los Miembros de Comunidades Indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", la CNDH difunde los principales avances de la Jurisprudencia en cuanto al derecho a la consulta y otros temas.

La Comisión Nacional también lleva a cabo pláticas de orientación, cursos, talleres, foros y conversatorios (en donde participantes y público objetivo son exclusivamente indígenas), a los que se convoca también a servidores públicos y miembros de la sociedad, para concientizarlos en beneficio de la población indígena. A través del Programa de Promoción y Difusión de Derechos Humanos de los Pueblos y Comunidades Indígenas, se han establecido lineamientos sobre el derecho a la consulta inducidos a través de cada una de las actividades antes mencionadas y mediante la distribución de trípticos, cartillas, y del Convenio 169 OIT.

En consonancia con lo anterior, se han llevado a cabo de enero de 2010 a febrero de 2013, 21 foros en materia indígena a la par de conversatorios y talleres integrales para mujeres indígenas, con el propósito de fortalecer el trabajo de campo. En el mismo periodo, se realizaron 1021 actividades de promoción y difusión de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas a una población total de 63,429 personas en 496 comunidades. Lo mejor es que se hacen conversatorios con los mismos líderes. Hemos resuelto temas muy interesantes al hacerlos participar en el proceso.

Un aspecto importante son las recomendaciones que la CNDH emite en casos de conflicto ya que generan conciencia en las autoridades responsables para que al momento de ejercer sus funciones, la hagan con absoluto apego a la ley. La ruta está trazada y por ella la Comisión Nacional seguirá transitando con el compromiso a favor de las víctimas. Para la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, es primordial que se redoble el esfuerzo en beneficio de los pueblos y comunidades indígenas porque todo lo que hagamos en favor de ellos será poco ante el dilema de tener un

mejor futuro y progreso, pero al mismo tiempo respetando las tradiciones, cosmovisiones y culturas indígenas con pertinencia cultural que se traduzca en justicia social por el bien de nuestra patria, ya que el tema de los Derechos Humanos es un compromiso de todos.

2.6.5 Costa Rica: Ofelia Taitelbaum Yoseiwich[15], Defensora de los Habitantes de Costa Rica

Costa Rica, un país muy pequeño, tiene una población indígena que conforma el 2,4 por ciento de la población, un poco más de cien mil personas, distribuidas en ocho pueblos originarios y dos pueblos indígenas migrantes de Panamá y de Nicaragua. Los pueblos indígenas están en 24 territorios y tienen 6 idiomas.

En nuestra Constitución se menciona una gobernabilidad participativa, ello plantea que nuestros pueblos indígenas tienen derecho a participar en las decisiones sobre sus territorios. Además se reconoce el derecho a la igualdad así como la preservación de las culturas y las lenguas indígenas.

Desde el año 1977 tenemos una ley indígena. El año 1973 se creó el Consejo Nacional Indígena (CONAI), que no obtuvo los resultados esperados. Uno de los principales problemas radica en que los indígenas viven en reservas, pero pese a ello se ven afectados por las acciones de desarrollos de otras personas. Además, los pueblos indígenas tienen problemas de estructura, de educación y de salud.

Costa Rica es miembro del Convenio 169 OIT así como de otros tratados de derechos humanos, y ha firmado de la Declaración de las Naciones Unidas. Desde el año 1993 se presentó el proyecto de Ley de autonomías de los pueblos indígenas, que ha pasado por una larga e infructuosa carrera en la que se consultó cada uno de sus artículos. Los pueblos indígenas opinaron y mejoraron el proyecto, este quedó perfectamente diseñado y aprobado en la Comisión de Asuntos Sociales. Actualmente está en el primer lugar de la agenda del pleno del legislativo durmiendo el sueño de los justos: ya que existen muchos temores de que disminuya la soberanía del Estado y afecte el desarrollo. Esto es un error, pues desde que se tiene suscrito el Convenio 169 OIT, estamos obligados a hacer la consulta previa a los pueblos indígenas.

De aprobarse la norma fortalecerá la gobernanza local de los pueblos indígenas. La idea principal es mejorar las condiciones de vida de nuestros pueblos ancestrales.

Desde la Defensoría de los Habitantes estamos realizando acciones de acompañamiento del proyecto de ley de la autonomía de los pueblos indígenas y otro proyecto nacional de desarrollo. Asimismo, buscamos que se adopte un cambio en el presupuesto asignado al CONAI y realizamos acciones de vigilancia del proyecto de desarrollo hidroeléctrico El Diquís, el cual debe ser consultado.

15 Magíster en Administración de Empresas del INCAE y en Control de Contaminación Ambiental de Londres, Inglaterra. Se ha desempeñado como Directora Administrativa Financiera del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Ha sido Viceministra de Vivienda y Asentamientos Humanos.

Tenemos otros procesos legislativos que deben ser consultados como la reforma del sistema educativo indígena, el Plan Nacional contra la Discriminación y la Ley general de Cultura. Actualmente, vemos estos temas, pero la lucha más importante en nuestro país se centra en la tierra.



Segunda mesa temática: Aurélio Veiga, Rolando Villena, Ofelia Taitelbaum, Cruz Teresa Paniagua, Ramiro Rivadeneira

2.7 Mesa temática "Buenas prácticas de los Ombudsman en la defensa del derecho a la consulta previa"

Esta mesa temática busca compartir experiencias y aprendizajes en cuanto a la implementación de la consulta previa, sus límites y posibilidades.

2.7.1 Paraguay: Manuel María Páez[16], Defensor del Pueblo de Paraguay

Paraguay es un país mediterráneo que tiene aproximadamente seis millones y medio de habitantes, entre los cuales, viven alrededor de cien mil personas correspondientes a aproximadamente veinte

16 Abogado e historiador. Coordinador y Docente de la Universidad Nacional de Asunción. Ha sido director del Archivo Nacional de Paraguay.

etnias indígenas. La nación guaraní cuenta con un número mayor de pobladores, aproximadamente unas cincuenta mil personas. El territorio ocupado por los guaraníes está localizado en la región oriental del Paraguay y en una pequeña superficie de la región occidental. Las etnias no guaraníes viven en la región occidental del Paraguay.

Existen algunos avances a favor de los pueblos indígenas. El guaraní es un idioma oficial que nos identifica como paraguayos. Tenemos otras lenguas indígenas reconocidas por la Constitución Nacional de 1992 con el fin de preservar estos idiomas.

Paraguay ha ratificado el Convenio 169 OIT según Ley N° 234/93 y ha ratificado la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Sin embargo, hasta la fecha no ha logrado establecer una normativa específica sobre la obligación de consultar a los pueblos indígenas las medidas legislativas o administrativas que les afectarían directamente.

Por ese motivo, la Defensoría del Pueblo ha tomado la iniciativa de dar recomendaciones al Presidente de la República para que, a pesar de no existir una ley que ordene directamente la consulta, el gobierno por propia iniciativa, impulse el procedimiento en los casos que se configure la necesidad prevista en el Convenio 169 OIT. También para lograr un mayor consenso de los organismos administrativos se han enviado recomendaciones en el mismo sentido a los Ministerios de Obras Públicas y Comunicaciones, Industria y Comercio, Agricultura; de Educación y Cultura y a la Secretaría del Ambiente.

En el ámbito legislativo, la Defensoría del Pueblo ha presentado un proyecto de Ley de derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, reconocido en el Convenio 169 OIT que contó con el patrocinio de los Diputados Nacionales Atilio Penayo Ortega y Andrés Retamozo Ortiz. Este proyecto de Ley se ha elaborado con la cooperación de la Jefa del Departamento de Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo, Dra. Noelia Boggino, teniendo como antecedentes la Constitución Nacional, la Ley 904/81 "Estatuto de las Comunidades Indígenas", modificada en varios artículos por la Ley N° 919/96, el Convenio 169 OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Ley N° 29785 del derecho a la consulta del Perú y la Ley N° 222/2012 del Estado Plurinacional de Bolivia.

A efectos de tener la visión de organismos indigenistas, la Defensoría del Pueblo ha remitido el texto del proyecto a todas ellas. Previsiblemente en algún momento las comisiones dictaminantes de la Honorable Cámara de Diputados del Poder Legislativo paraguayo convocarían a una audiencia pública para debatir el contenido y alcances del proyecto en cuestión. Esta es una instancia muy interesante e importante para analizar los diversos aspectos del derecho a la consulta y puede ser la oportunidad para que se concluya en una ley que la consagre.

En el Paraguay tenemos una tradición de reconocer nuestros orígenes entroncados con la nación guaraní. Sin embargo, tenemos que dar un paso adicional, reconociendo el derecho a la consulta y adoptar una serie de medidas que incluyan a todos los pueblos indígenas que sobreviven en el Paraguay.

2.7.2 El Salvador: Oscar Humberto Luna[17], Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador

El Salvador es un país muy pequeño con características y propias, con algo más de seis millones de habitantes en una superficie de 21.040 kilómetros cuadrados.

A diferencia de otros países de la zona, El Salvador tiene un problema especial, en tanto, no se ha adherido al Convenio 169 OIT. Como resultado de ello, no hay un reconocimiento de este derecho en nuestra legislación. Existen procedimientos específicos de consulta ciudadana, pero, a la fecha, no existe un procedimiento de consulta y de participación directa de la población indígena en los procesos de decisión de algunos acontecimientos y proyectos.

Las medidas claves y desafíos se concentran en promover la suscripción del Convenio 169 OIT. Se han hecho campañas de concientización y sensibilización de este instrumento tan importante en la vida cultural del país con las instituciones competentes, a fin de garantizar la participación de los pueblos indígenas.

Desde el año 2006 se conformó la Mesa Permanente de la Procuraduría de Derechos Humanos, que cuenta organizaciones de pueblos indígenas y organismos no gubernamentales. Allí se elaboran denuncias, posicionamientos y recomendaciones sobre la reforma constitucional y adopción del Convenio 169 OIT.

La Cancillería y la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador invitaron a James Anaya, quien se reunió con nosotros y con las organizaciones indígenas. Se han realizado foros sobre la participación de las organizaciones indígenas a fin de que el Estado suscriba el Convenio 169 OIT. En el marco del Consejo Centroamericano de Procuradores, se realizó el "Foro Internacional de Pueblos Indígenas de El Salvador".

Contamos con una Ley de Medio Ambiente que plantea el derecho a la consulta pública en proyectos mineros, de electrificación, entre otros, que en algunos momentos ha servido para consultar a las poblaciones indígenas. También se tiene la consulta ciudadana desarrollada en el Código Municipal, cuando se llevan a cabo obras y proyectos mineros.

En El Salvador diversos sectores nos oponemos a los proyectos mineros, se han concedido permisos de exploración, pero no de explotación, lo que ha provocado algunas denuncias. Hasta el momento no se llevan a cabo estos procesos., Estamos en contra de los proyectos mineros debido a que afectan a la población, principalmente las fuentes de agua necesarias para su subsistencia. Actualmente, se supervisan las presas hidroeléctricas de El Chaparral que afectan a las comunidades locales y donde no ha realizado el derecho a la consulta en los términos de la ley. Igualmente, seguimos el proyecto minero en Guatemala, Cerro Blanco, a unos cuarenta

17 Es abogado y notario. Actualmente es Presidente del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos. Ha realizado estudios y diplomados en diferentes países. Ha sido columnista del periódico Co Latino, en que ha escrito más de 150 artículos sobre derechos humanos.

kilómetros de la frontera con El Salvador, cuyas actividades podrían contaminar el río Lempa, río afluente en nuestro territorio.

Recojo una idea del compañero colombiano, creo como él que deben adoptarse medidas de carácter preventivo. Si se otorga el consentimiento, éstos no deben determinarse por el poder económico de las empresas. Todos los procesos tienen que analizarse desde el componente político.

A nivel regional existen una serie de medidas a favor de los pueblos indígenas. En materia de institucionalidad indígena, en el departamento de Sonsonate se cuenta con la figura que representa a los pueblos indígenas de la zona, la Alcaldía del Común, que actúa a favor de los pueblos indígenas, aunque solo en el ámbito regional. Asimismo, en el Municipio de Izalco se creó la Ordenanza Regional sobre Derechos de la Comunidad Indígena de Izalco que reconoce el derecho a la consulta. Actualmente, la Procuraduría impulsa una reforma constitucional que reconozca los derechos de los pueblos indígenas, sigue pendiente su ratificación por parte de la Asamblea Legislativa.

Hemos hecho diversos pronunciamientos sobre el derecho a la consulta os a los pueblos indígenas a fin de fortalecer su ciudadanía plena.

2.7.3 Panamá: Patria Portugal[18], Defensora del Pueblo de Panamá

La República de Panamá posee una división política administrativa de 9 provincias (Bocas del Toro, Chiriquí, Coclé, Colón, Darién, Herrera, Los Santos, Panamá y Veraguas), 77 distritos o municipios, 3 comarcas indígenas con categoría de provincias (GunaYala, Emberá y Ngäbe Buglé) que cuenta con un Gobernador, 2 comarcas indígenas con categoría de corregimiento (Kuna de Madungandí y Kuna de Wargandí) y 648 corregimientos en todo el país.

Según el Censo Nacional de Población y Vivienda de 2010, la población total es de 3.405,813, de los cuales 417, 559, se identifican como indígenas y su valor porcentual corresponde al 12.3 % de la población.

Existen siete pueblos indígenas que son: Ngäbe, Guna, Emberá, Buglé, Wounaan, Naso y Bri-Bri, cada uno con sus propios lenguajes y costumbres.

La creación de comarcas se designó por primera vez en el acto legislativo de 1928, que modificó el artículo 4 de la Constitución Panameña de 1904, que declaraba la posibilidad de crear estas entidades especiales con territorios segregados de las provincias ya existentes

Actualmente existen cinco comarcas legalmente constituidas y una ley de tierras colectivas de aquellas comunidades que quedaron fuera de la jurisdicción de las comarcas. La Constitución Nacional reconoce ese derecho en su artículo 127 que permite y respeta la propiedad colectiva.

18 Abogada por la Universidad de Panamá y reconocida activista en derechos humanos.

La Comarca Guna Yala, constituida mediante Ley 2 del 16 de septiembre de 1938; la Comarca Emberá Wounaan constituida mediante Ley 22 del 8 de noviembre de 1983; la Comarca de Madungandi constituida mediante Ley 24 del 12 de enero de 1996; la Comarca Ngäbe Buglé constituida mediante Ley 10 del 7 de marzo de 1997; la Comarca de Wargandi, mediante Ley 34 del 25 de julio de 2000 y la Ley 72 sobre tierras colectivas que protege las poblaciones indígenas que se encuentren protegidas por las leyes comarcales.

En materia de Consulta Previa a los pueblos indígenas, existen avances y dificultades en la implementación de la Consulta Previa. Podemos mencionar los siguientes:

- Presentación ante la Asamblea Nacional del Proyecto de Ley Número 352 de 2011. Luego de ser aprobado en Primer Debate, el Pleno de la Asamblea Nacional, lo devolvió para discusión en la Comisión de Asuntos Indígenas. En la actualidad el Proyecto se encuentra en Primer Debate.
- El año 2009, se instaló la mesa de discusión para la aprobación del Convenio 169 OIT y concluyó sugiriendo la aprobación de dicho convenio.

En este contexto, la Defensoría del Pueblo ha realizado diversas acciones, en especial en relación a las Leyes inconsultas que crearon serias dificultades con los Pueblos Ngäbes y Buglés. Producto de ello, la Defensoría del Pueblo de Panamá realizó el Informe Especial sobre la Hidroeléctrica Chan 75, que solicita al Gobierno Nacional que realice la Consulta Libre, Previa e Informada y el Informe sobre los sucesos de San Félix, por explotación minera.

La Defensoría del Pueblo, desde sus inicios, vigila las conductas de los funcionarios públicos a fin de velar por el cumplimiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas. De este modo su presencia, si bien reclama, advierte y sanciona moralmente los incumplimientos, también atiende para que las decisiones gubernamentales cumplan con los marcos nacionales e internacionales en materia de derechos humanos.

A través de los medios de prensa y la radio, se divulgan los derechos de los pueblos indígenas, a fin de lograr que sean comprendidos, no sólo de los habitantes originarios, sino también por los no indígenas.

En tal sentido, se han publicado trípticos sobre tales derechos, el Convenio 169 OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas de 2007, a fin de incidir en la aprobación de este tratado, la legalización de las reglas que deben seguir los funcionarios públicos en la Consulta y el Consentimiento libre, previo e informado.

Es importante destacar los esfuerzos realizados por la Unidad de Asuntos Indígenas de la Defensoría del Pueblo, responsable de fiscalizar el respeto a los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Es importante referirnos a casos emblemáticos como la construcción de la Hidroeléctrica Chan 75 (2007-2013). Este proyecto hidroeléctrico consistía en la construcción de una represa y la inundación de aproximadamente 250 hectáreas a lo largo del Río Changuinola, en la Provincia de

Bocas del Toro y que afectó desde el año 2007, a las comunidades indígenas Ngäbes de Charco la Pava, Valle del Rey, Guayabal, Valle de Rico y Changuinola Arriba. Luego de varias protestas los afectados presentaron un Amparo de Garantías Constitucionales que fue negado. Luego de agotar la vía gubernativa se tuvo que recurrir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Sobre este caso, la Defensoría del Pueblo, inició desde el 2007, un proceso de acompañamiento y mediación entre las Comunidades Indígenas y el Gobierno Nacional, a fin de que se realizara *la consulta libre, previa e informada* a todos los habitantes originarios afectados por el proyecto, y se propuso que se les indemnizara por los daños y perjuicios, se le otorgara un territorio del mismos valor y se les reubicara en una vivienda apropiada acorde con sus tradiciones. De esta manera, se realizaron notas, oficios e informes dirigidos al gobierno nacional para el manejo de los conflictos originados por la falta de consulta previa.

La Defensoría presentó el año 2009, un informe especial sobre la falta de consulta y el trato a las poblaciones afectadas con el Proyecto Hidroeléctrico Chan 75, que fue útil tanto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como a otros organismos de las Naciones Unidas, para emitir recomendaciones y solicitudes al Estado Panameño sobre los derechos de las comunidades indígenas afectadas con este proyecto.

El informe anterior así como las gestiones de mediación realizadas a las comunidades afectadas, nos permite cumplir nuestro papel como *Amicus Curiae* de la Comisión y recomendar al Estado Panameño la importancia de l*a consulta libre, previa e informada* a los habitantes originarios Ngäbes afectados y que en futuros proyectos, no sea realizada por las empresas, sino por el Gobierno Nacional.

Hasta el momento la Defensoría tiene un papel de testigo de honor y mediador en el pago de las indemnizaciones.

A partir de este proceso, surgen las siguientes conclusiones:

- El desarrollo nacional no puede, ni debe afectar negativamente ningún sector de la población.
- Los mecanismos de consulta, indemnización y reubicación, implementados con los moradores afectados por la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Chan-75, no contemplaron las disposiciones de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas.
- La ausencia del consentimiento de manera previa, libre e informada, ha generado un clima de tensión entre las comunidades, la empresa y el Estado.
- Incumplimientos por parte de la empresa en cuanto a la implementación de las medidas de mitigación y compensación establecidas en el Estudio de Impacto Ambiental.
- El Proyecto Chan 75, se ha caracterizado por los constantes conflictos surgidos entre la empresa y las poblaciones afectadas.

Estos problemas nos han hecho establecer las siguientes recomendaciones:

- Conminar al Estado el efectivo cumplimiento de lo estipulado en el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo adoptado por la República de Panamá, mediante Decreto de Gabinete No. 53 del 26 de febrero de 1971, en cuanto a la obtención de su consentimiento, así como en lo relativo a los procesos de reasentamientos, respetando plenamente sus costumbres, tradiciones y entorno medioambiental.
- Realizar un estudio integral de la legislación vigente en materia de protección de los derechos de los pueblos indígenas.
- Instar a las instituciones gubernamentales a propiciar, de manera impostergable y continuada, un diálogo amplio y respetuoso, que tome en cuenta a las comunidades afectadas.
- Exhortar al Estado a adoptar todas las medidas de protección pertinentes, contra los desplazamientos de los pueblos indígenas.
- Instar a la empresa encargada del Proyecto Chan 75, a alcanzar acuerdos justos y satisfactorios relacionados con la reubicación e indemnización correspondientes a los pobladores.

Es importante señalar que los Defensores del Pueblo tenemos que preguntarnos si hemos sido efectivos en la defensa de nuestros pueblos originarios. En el caso de Panamá, existe una mejora económica generada por las empresas hidroeléctricas que afectan los derechos de las comunidades indígenas. En este contexto, los dueños de la tierra se hacen más pobres y los explotadores más ricos. Tenemos que adoptar medidas definitivas que transformen la situación de los dueños de la tierra y de los pueblos originarios.

Panamá vergonzosamente no ha firmado el Convenio 169 OIT. Hemos escuchado a la Corte Interamericana y al Relator de los Pueblos Indígenas. Los mecanismos de control internacional son importantes, pero tenemos que hacer más. Resulta necesario consultar las decisiones a los pueblos y no cuando las medidas son inminentes. Asimismo, los funcionarios públicos deben tener los medios necesarios para fiscalizar el cumplimiento de los acuerdos que surgen en el proceso de consulta. Como Defensores del Pueblo, sacamos resoluciones que deberían tener vocación reformadora a favor de los pueblos originarios y comarcas.

2.7.4 Venezuela: José Guevara[19], Defensor Delegado con Competencia Nacional de Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo de Venezuela

La consulta es un derecho necesario para la plenitud de la vida de nuestros pueblos. Deseamos dar a conocer los avances dados en Venezuela en la aplicación de los tratados de derechos humanos.

19 Pertenece al pueblo indígena Jivi. Ha sido designado como coordinador de área "Ambiente y Territorio" del partido político indígena Consejo Nacional Indio de Venezuela (Conive) desde el año 2012.

Los avances en Venezuela son producto del proceso constitucional de 1999, en el que se logró el reconocimiento de los pueblos originarios, sus culturas, sus religiones, sus organizaciones sociales, políticas y económicas, y sus derechos sobre las tierras. Según el Instituto Nacional de Estadística, la población indígena representa el 2 % de la población de Venezuela, distribuida en 51 pueblos.

La Constitución de Venezuela reconoce desde el preámbulo la importancia de los pueblos indígenas. En el artículo 120 se menciona el derecho a la consulta a las comunidades indígenas. Además, los tratados de derechos humanos sobre la consulta previa, incluyendo el Convenio 169 OIT, tienen jerarquía constitucional, siendo de aplicación inmediata.

Desde este punto de vista legislativo, la Asamblea Nacional sancionó el año 2005 la ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas que recoge el derecho a la consulta así como los principios y el procedimiento frente a los proyectos que afecten a los pueblos indígenas. Desde el año 2007, en que entró en vigencia, se ha ejecutado en función del Convenio N° 169 OIT. La Defensoría del Pueblo ha incidido en que la consulta previa se logre incorporar en diversos instrumentos jurídicos como la ley de demarcación y garantía del hábitat de la tierra de los pueblos indígenas, la ley orgánica de pueblos indígenas, la ley de idiomas indígenas, la ley del patrimonio cultural de los pueblos indígenas y la ley de artesanos y artesanas indígenas. Son cinco leyes que tratan específicamente sobre los pueblos indígenas, en las que se recomienda la inclusión de la consulta previa. Hasta la fecha se han dado 62 instrumentos normativos que afectan a los pueblos indígenas, entre ellos, la propuesta de ley orgánica de la Defensoría del Pueblo, estos instrumentos deberán dialogar con el proceso de consulta.

En ejercicio de sus competencias, la Defensoría del Pueblo realiza diversas acciones a favor de la vigilancia y la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, en especial, el derecho a la consulta. Entre estas medidas, destaca la creación del programa Haciendo Comunidad de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Se trata de un espacio que involucra la participación de los pueblos indígenas. También tenemos acciones de promoción en materia de salud tradicional, educación y medicina tradicional. Asimismo, hemos trabajado en mesas de trabajo planteando que la consulta previa se garantice.

Podemos mencionar algunos casos emblemáticos como el análisis del Decreto 8403 que reserva al Estado la exploración y explotación del oro; el Decreto Presidencial 8168 por el que se modificó la comisión de titulación. Igualmente, se han tramitado quejas por parte de las organizaciones en la ejecución de proyectos que afectan a los pueblos indígenas.

A pesar de los grandes avances realizados por el Estado Venezolano, aún tenemos desafíos por cumplir, entre ellos la institucionalización de los derechos indígenas. Tenemos un gran reto y un gran deber a fin de fortalecer los derechos de nuestros pueblos originarios.



Tercera mesa temática: Oscar Humberto Luna, Patria Portugal, José Guevara, Manuel Páez

2.8 Clausura del primer día

2.8.1 Palabras de Eduardo Nayap Kinin[20], Congresista del Congreso peruano

Felicito a los organizadores, en especial al Defensor del Pueblo y a todos los que han hecho posible esta actividad. Siento que hablo por los pueblos indígenas. Luego de casi 200 años de vida republicana soy el primer congresista indígena en mi país y me siento contento de que los indígenas seamos tomados en cuenta a la hora de la discusión de las políticas de Estado.

Hasta hace poco éramos absolutamente ignorados, invisibilizados. Entraban a nuestros territorios y no notaban que había personas que tenían derecho a decidir por su uso. Este es un tema que hemos arrastrado desde la colonia. Creyeron que trajeron a Dios y a la justicia pero Dios estaba con nosotros y teníamos justicia sin cárceles, salud con medicinas del campo. Esto no significa que rechacemos la sabiduría de occidente, pero queremos adaptarnos a ella sin dejar de ser indígenas.

20 Pertenece al pueblo indígena Awajún. Licenciado en Teología por la Universidad Nazareno de las Américas de Costa Rica. Trabajó como encargado de área de organización y capacitación campesina en Costa Rica en distintos proyectos de desarrollo y cooperación internacional. En su labor parlamentaria ha sido nombrado vicepresidente de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología.

Me siento feliz de que se discutan temas tan importantes pero pido que estos temas no queden en lápiz y papel ni se archiven en documentos que pasen a la historia porque eso no va a ayudar. Queremos que se tomen decisiones que cambien la vida de los pueblos originarios y mejoren su calidad de vida. Ese debe ser el objetivo final, sino hablaremos abstractamente como si la vida de los pueblos indígenas fuera abstracta. Felicito una vez más a los organizadores y tengo la plena seguridad de que los acuerdos que se tomen aquí se aplicarán en el futuro.

2.8.2 Palabras de Joachim Christoph Schmillen[21], Embajador de la República Federal de Alemania en el Perú

Deseo expresar reconocimiento a nombre personal y en representación de mi país por los resultados de tan importante jornada. Este es un punto de encuentro para la reflexión sobre la Convención 169 OIT y la Declaración de la ONU. La consulta previa no es solo un derecho sino también un instrumento para la inclusión social. El gobierno peruano ha avanzado en la ley y reglamento, el reto es que la norma sea una realidad. Confiamos que en los próximos años no solo conste de ordenamientos jurídicos sino se instale en la consciencia de la gente.

El respeto y el reconocimiento de los derechos fundamentales son básicos. Las Defensorías juegan un rol muy importante al crear vínculos entre las comunidades y el Estado. Como anfitrión, la Defensoría deja claro su rol determinante en el Perú. Con sus pares en América Latina, cumple un rol muy importante al promover el diálogo en principios y formula prácticas y desafíos.

Quiero destacar el papel de la FIO que une a Defensores de 19 países, siendo una federación con presencia activa en esta región que trabaja en materia de derechos fundamentales. Este evento brinda una oportunidad y un gran reto en relación al futuro de los derechos indígenas. Alemania comparte el compromiso con los derechos humanos. La cooperación alemana con su contraparte, la Defensoría del Pueblo de Perú, apoya el proceso peruano de reconocimiento, promoción y reconocimiento de proyectos indígenas y también contribuye al fortalecimiento de los grupos indígenas.

2.8.3 Palabras de Humberto Henderson[22], Representante Alterno para América Latina de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas

Sesenta o sesenta y cuatro años en la historia de una persona es una vida, mientras que en la historia de la humanidad representa muy poco. Hoy, en la mañana, Eduardo Vega usó un concepto

21 Diplomático de carrera. Licenciado en Educación y Psicología por la Universidad Bundeswehr de Múnich. Ha trabajado en el Parlamento Federal de Alemania.

22 Abogado uruguayo. Ha sido docente universitario en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay. Trabajó como Asesor Técnico para los programas de Latinoamérica de Freedom House en México. Además fue director de la Unidad de Desarrollo de Capacidades del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala.

que quizá pasó desapercibido, pero que refleja la voz de miles de hombres y mujeres que aspiran habitar un mundo distinto. Eduardo Vega se refirió al concepto de la familia humana que se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Inicialmente las Naciones Unidas carecían de un órgano dedicado a los pueblos indígenas. A la fecha, el panorama es opuesto, y el día de hoy contamos con un Foro Permanente de Pueblos Indígenas, un Relator Especial para los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Examen Periódico Universal y los Comités.

El Convenio 169 OIT es el principal instrumento de derechos de los pueblos indígenas, pero más allá de él existen otros igualmente importantes. Un tema común de los Pactos Internacionales es que reconocen la libre determinación de los pueblos.

Debemos asumir que nos encontramos frente a agendas no resueltas: hay parámetros claros que deben ser una hoja de ruta. Todas las normas no tendrían ningún nivel de avance si no fuera por las instituciones nacionales de derechos humanos. Las intervenciones de las instituciones nacionales deben incorporar enfoques basados en los derechos.

Igualmente, es necesario trabajar con el Estado. Se ha hablado de observatorios e informes temáticos, aunque la obligación es del Estado, todos tienen un espacio para actuar.

Si se suma las intervenciones magistrales, las mesas temáticas, aportes de los pueblos indígenas y reflexiones en el café; se puede decir que se alcanzó algo difícil: no solo la toma de conciencia frente a la situación de los pueblos indígenas sino también la suma de saberes.



Acto de clausura: Humberto Henderson, Joachim Christoph Schmillen

3. Segundo día: Conferencia FIO, viernes 26 de abril de 2013

El moderador del segundo día, José Díaz, da la bienvenida a todos los participantes al evento. Luego del primer día de trabajo donde se ha confrontaron las acciones realizadas y se escuchó a los entes internacionales sobre los estándares y tendencias que se van desarrollando, es pertinente tener un evento cerrado que permita conversar más al detalle los problemas, retos, necesidades y estrategias que se deben adoptar para acompañar la problemática de los pueblos indígenas.

Estas mesas son importantes porque permiten evaluar los procesos de implementación en Perú y Colombia desde una visión plural, con representantes de los distintos actores en el mismo proceso. Este diálogo nos va a permitir abordar los problemas de manera más concreta.

3.1 Mesa temática "La experiencia colombiana en la implementación del derecho a la consulta previa"

3.1.1 Pablo Rueda[23], Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia

Esta exposición presenta la evolución histórica, los retos actuales y algunos de los desarrollos más importantes de la política gubernamental colombiana en torno a la consulta previa con las comunidades étnicas. El texto está organizado en tres partes. La primera parte es una visión panorámica de la evolución del marco jurídico de la consulta previa en Colombia. En la segunda parte se identifican brevemente algunos elementos del contexto relacionados con el crecimiento económico y la transformación política que atraviesa Colombia, y que constituyen quizás los principales retos que enfrenta esta institución. Finalmente, en la tercera parte se destacan algunos de los elementos de la política pública que ha adoptado este gobierno para garantizar la protección de los derechos de las comunidades étnicas, armonizándolos con los demás objetivos económicos, sociales y políticos del actual gobierno.

23 Abogado por la Universidad de Los Andes de Colombia. Doctor en Jurisprudencia y Política Social de la Universidad de California, Berkeley. Ha sido profesor de planta de la Universidad del Rosario en la Facultad de Relaciones Internacionales y de cátedras en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Además, se ha desempeñado como especialista en asuntos étnicos en el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural y en la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas. Fue consultor en la redacción del Proyecto de Ley de Restitución de Tierras a la Población Víctima de Desplazamiento Forzado.

Lo particular del marco jurídico de la consulta previa en Colombia, que la distingue quizás de los demás países que han adoptado esta figura en sus ordenamientos jurídicos, es que las normas que la regulan han sido creadas principalmente por vía judicial. La evolución de la jurisprudencia sobre consulta previa ha tenido la virtud de ampliar el ámbito de protección otorgado a las comunidades en dos frentes. Por un lado la jurisprudencia, especialmente la de la Corte Constitucional que ha consagrado la consulta previa como un derecho constitucional fundamental, haciéndolo susceptible de una protección judicial expedita y eficaz. La Corte ha establecido el derecho fundamental a la consulta en relación con el uso de recursos naturales dentro de los territorios de las comunidades étnicas, y la adopción de medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectar a las comunidades directamente. Por otro lado, la Corte ha ampliado la noción de lo que constituye el territorio de una comunidad étnica para incluir, además de aquellas áreas formalmente tituladas por el Estado, todos aquellos territorios en los que las comunidades habitan o utilizan. La ampliación del ámbito de aplicación de la consulta previa por vía jurisprudencial ha resultado fundamental para proteger la identidad cultural y la integridad territorial de las comunidades étnicas en el contexto de crecimiento económico y cambio político nacional.

En la actualidad, Colombia experimenta cambios significativos en lo económico y en lo político. En lo económico se ha dado un crecimiento significativo en tres sectores principales de la economía que constituyen un reto para las comunidades étnicas. En primer lugar, ha habido un auge importante de la minería, el cual se proyecta hacia futuro de manera importante. Además de la minería, el sector de hidrocarburos sigue creciendo de manera sostenida desde hace varios años. Esto supone un reto para la consulta previa, particularmente en cuanto se refiere a la exploración de crudos no convencionales y al transporte de petróleo y gas. En tercer lugar, el gobierno ha puesto un gran énfasis en el desarrollo de la agroindustria, lo cual supone la tecnificación del agro y la ampliación de la frontera agrícola. En cuarto lugar, el gobierno también le ha dado gran importancia al desarrollo de la infraestructura, especialmente en el sector de transporte, lo cual necesariamente afecta los territorios de las comunidades étnicas. Finalmente, el gobierno está seriamente comprometido en un proceso de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), las cuales tienen en su agenda política la redistribución de las tierras rurales, una serie de cambios en el ordenamiento territorial y en el uso del suelo, que también son susceptibles de afectar los territorios de las comunidades étnicas.

Para hacer frente a estos retos, el gobierno ha implementado diversas medidas como parte de su política en relación con la consulta previa. Estas proveen las garantías necesarias en relación con los derechos constitucionales de las comunidades étnicas, y a su vez permiten desarrollar los demás objetivos económicos, sociales y políticos establecidos por el gobierno.

La evolución del marco jurídico de la consulta previa: un caso sui generis de desarrollo por vía judicial

En Colombia el marco jurídico de la consulta previa se ha desarrollado principalmente por vía jurisprudencial. La Corte Constitucional y en menor medida, el Consejo de Estado, han sido los motores que han dado vida a este instrumento de participación de las minorías étnicas en las decisiones que las afectan. Este desarrollo ha tenido dos fuentes textuales principales: la Constitución Política y el Convenio 169 OIT, que Colombia ratificó e incorporó en su legislación interna mediante la Ley 21 de 1991. Lo que la Corte ha hecho es interpretar la Constitución de manera favorable a las comunidades, otorgándoles un mecanismo de protección efectivo de su derecho a la consulta previa por vía de la "acción de tutela", la cual es el equivalente a la acción de amparo que existe en otros países. Para ello la Corte le dio a la Ley 21 el mismo status jurídico que a la Constitución, integrándola al llamado "bloque de constitucionalidad" y creando un derecho constitucional fundamental innominado a la consulta previa de las comunidades étnicas. Al darle a la consulta previa el status de derecho fundamental y hacerlo susceptible de protección judicial por vía de la acción de tutela, la Corte ha fomentado un aumento en el litigio constitucional que, a su vez, ha permitido un desarrollo normativo jurisprudencial de la consulta.

Para otorgarle el rango de derecho constitucional fundamental innominado a la consulta previa, la Corte ha hecho una interpretación sistemática del texto de la Constitución Política. Básicamente, tomó elementos de la parte dogmática de la Constitución que establece los principios y derechos fundamentales, para interpretar el alcance que tiene la parte orgánica que define la estructura del Estado. En particular, la Corte refuerza el alcance de la autonomía que tienen los pueblos indígenas – y por extensión también las comunidades negras, raizales y palenqueras – sobre el gobierno de sus territorios, ampliando su participación a través de la consulta previa. Partiendo del principio fundamental del artículo 1° que define a Colombia como un Estado participativo y pluralista que "reconoce y protege la diversidad étnica y cultural" (artículo 7°) y que obliga al Estado y a las personas a "proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación" (artículo 8°), la Corte amplía el alcance al parágrafo del artículo 330°, que establece que en las decisiones que adopte respecto de la explotación de recursos naturales, "el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades", extendiéndolo también a todas aquellas medidas legislativas y administrativas que los afecten de manera directa.

Sin embargo, el texto de la Constitución colombiana no desarrolla de manera explícita un mecanismo de participación especial que garantice la protección de la diversidad étnica y cultural. Por lo tanto, la Corte hace uso del concepto de bloque de constitucionalidad creado por el Consejo Constitucional francés y que tiene fundamento en el artículo 93 de la Constitución colombiana. Dicho concepto le permite al órgano de control constitucional complementar el texto de la Constitución con normas de rango inferior, utilizándolas como criterio de valoración constitucional de las acciones del Estado cuando el texto explícito de la Constitución sea

insuficiente para lograr los objetivos establecidos en la misma. Así, en los términos del Convenio 169 OIT, la Corte infirió que existe un derecho constitucional fundamental innominado a la consulta previa, exigible no sólo cuando el Estado pretende extraer recursos naturales de los territorios de las comunidades étnicas, sino cuando pretende adoptar medidas legislativas y administrativas que afecten directamente a dichas comunidades.

La jurisprudencia de la Corte ha desarrollado diversos aspectos de la consulta previa. El análisis hecho en este escrito se va a referir a la evolución jurisprudencial de dos aspectos fundamentales: la noción de impacto o daño, y la de territorio.

La Corte desarrolla la noción de impacto en los primeros cuatro años de su existencia, e incluye entre ellos no sólo los ambientales, es decir aquellos que se producen sobre el medio biótico y abiótico, sino también los que afectan el entorno social y cultural de los pueblos. El primer caso de una demanda de tutela en el que la Corte se refiere al Convenio 169 OIT fue el denominado caso de "Cristianía" de 1992 (Sentencia T-427/92). En aquella ocasión si bien la Corte no ordenó al gobierno realizar una consulta previa, sí lo obligó a suspender la construcción de una carretera hasta que no se hayan evaluado los impactos y daños ambientales ocasionados y adoptado todas las medidas necesarias para prevenir daños futuros. Posteriormente, en la conocida decisión sobre la exploración petrolera en el territorio del pueblo indígena U'wa en 1997 (SU-039/97), el Convenio 169 OIT adquirió un papel más importante dentro del análisis de la Corte cuando ordenó suspender los trabajos de exploración petrolera y realizar una consulta previa a las autoridades del pueblo U'wa debido al impacto que podía causar la exploración y explotación petrolera en la cultura de dicho pueblo. Al hacerlo, si bien no creó un derecho constitucional a la consulta previa, sí estableció que al no haberse llevado a cabo este procedimiento se vulneró el derecho al debido proceso y a la participación de la comunidad en las decisiones que la afectan. Por otra parte, la Corte amplió el concepto de afectación para incluir los impactos que la exploración petrolera podía ejercer sobre la integridad cultural del pueblo U'wa.

Posteriormente la Corte desarrolló la noción de impacto cultural, al proteger a las comunidades frente a los efectos que tiene la actividad del Estado y de los particulares sobre su cultura material e inmaterial. Es así que en la sentencia sobre la construcción de la represa de Urrá en 1998 (T-652/98), la Corte extendió la noción de impacto cultural para incluir las costumbres de pesca y los hábitos alimenticios de las comunidades. Al mismo tiempo, le dio un alcance aún mayor a la autonomía de las autoridades indígenas al ordenar al gobierno tener en cuenta los impactos identificados por las autoridades de las comunidades étnicas. Así mismo, señaló que los ejecutores de los proyectos no pueden imponer cronogramas en la elaboración de las consultas previas, sino que deben permitir que las autoridades indígenas tengan un tiempo suficiente para la identificación de los impactos de cada proyecto. Fue en esta sentencia en la que la Corte integró el Convenio 169 OIT al bloque de constitucionalidad y creó el derecho fundamental innominado a la consulta previa.

En 2001 la Corte entró a definir el alcance de la incorporación del Convenio 169 OIT. Lo hizo, ya no al analizar el deber de realizar consultas para extraer recursos naturales por vía de acciones de tutela, sino en relación con el deber de consultar las medidas legislativas en una serie de cargos de inconstitucionalidad contra leyes. En la primera de las sentencias la Corte estudió un ataque contra la constitucionalidad de una ley que establece las circunscripciones especiales en la cámara baja del Congreso, la Cámara de Representantes. En esa ocasión, la Corte descartó categóricamente la posibilidad de declarar una ley inconstitucional por falta de consulta previa y sostuvo que sólo los proyectos de extracción de recursos naturales dentro de territorios de grupos étnicos deben ser consultados (C-169/01). La segunda sentencia se refiere a una demanda contra un aparte del código de minas que definía los límites de las zonas de minería indígena (C-418/02). Inicialmente, la Corte analizó un cargo contra el contenido de la norma acusada, pero fue más allá y en la parte resolutoria descartó la posibilidad de declararla inconstitucional por el hecho de que el gobierno no las había consultado con las comunidades indígenas y negras. Por lo tanto, a pesar de que el gobierno no había consultado dichas normas con las comunidades étnicas, la Corte declaró la constitucionalidad de dichas disposiciones, condicionándola a que la delimitación de las zonas mineras indígenas fuera precedida por una consulta previa. En otras palabras, en esta sentencia la Corte incorporó el artículo 6.1 del Convenio 169 OIT al bloque de constitucionalidad, pero no el artículo 15.2.

Ese mismo año la Corte cambió su jurisprudencia en relación con la obligación de consultar proyectos de ley. Entró a estudiar la constitucionalidad del mismo Código de Minas, pero esta vez en relación con el cargo de que el gobierno no había consultado el proyecto de código minero con los indígenas antes de presentarlo al Congreso (C891/02). Sin embargo, en esa oportunidad la Corte sostuvo que en el caso del Código de Minas el gobierno propició la participación indígena e intentó presentar el proyecto de código a las autoridades indígenas durante un año. Al hacerlo mostró su buena fe, y si no se llegó a un acuerdo en relación con el articulado del código no fue debido a una causa que le fuera imputable al gobierno. En esa medida, si bien declaró la constitucionalidad de las disposiciones demandadas, también cambió su jurisprudencia e incorporó el artículo 15.2 del Convenio 169 OIT al bloque de constitucionalidad.

En el desarrollo de esta línea jurisprudencial, la Corte identificó tres situaciones distintas a las cuales corresponden tres niveles de impacto sobre el entorno e identidad cultural de las comunidades étnicas. La primera situación se refiere al uso de los territorios de las comunidades étnicas y al aprovechamiento de los recursos que en ellos se encuentran. Esta situación supone un impacto sobre el territorio de la comunidad que justifica la consulta previa como mecanismo especial de participación en las decisiones que los afectan. Una segunda situación alude a la participación en programas y políticas que les conciernan a las comunidades étnicas. Esta segunda situación supone un impacto más bien moderado o indirecto sobre las comunidades, que aunque puede ser objeto de una protección especial por parte del Estado, normalmente es

canalizada a través de los canales democráticos ordinarios, como es el caso de la creación de circunscripciones electorales especiales en la Cámara de Representantes para las minorías étnicas. Finalmente, una tercera situación se refiere a la adopción de medidas legislativas y administrativas que afectan de manera directa a las comunidades. Esta tercera situación, sobra decirlo, también supone una afectación directa y por lo tanto, también requiere de la consulta previa como mecanismo para garantizar la participación de las comunidades en las decisiones que las afectan (C-030/08).

Sin embargo, aunque la Corte amplió el ámbito de protección de la consulta previa para exigir la consulta frente a medidas administrativas y legislativas que afecten directamente a las comunidades, la verdad es que hasta ese entonces todas las medidas legislativas que había analizado tenían una relación directa con el territorio. Así, por ejemplo, la Corte había incluido la consulta dentro del análisis de constitucionalidad del procedimiento de creación del Código de Minas, de la Ley Forestal, de la Ley de Desarrollo Rural, pero había dicho que no era objeto de análisis en relación con la creación de la circunscripción electoral especial para comunidades étnicas.

Esta situación cambiaría más adelante en el mismo año 2008, cuando la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del Plan Nacional de Desarrollo 2004-2008, por no haberse llevado a cabo la consulta previa con las comunidades indígenas, negras, raizales y palenqueras (C-461/08). Este Plan define la política de desarrollo del gobierno nacional integralmente, y aunque tiene un componente de desarrollo rural y territorial, su ámbito de incidencia temática va mucho más allá. Por lo tanto, se puede afirmar que para finales de 2008 el análisis que hace la Corte sobre medidas legislativas se desprende por completo del tema del impacto meramente territorial.

La evolución jurisprudencial de la noción de territorio

La noción de lo que constituye el territorio de las comunidades étnicas también ha evolucionado significativamente en la jurisprudencia constitucional. En las primeras decisiones la Corte se ciño a un criterio formal de titularidad de los resguardos indígenas (las tierras colectivas de comunidades negras sólo serían creadas como institución hacia mediados de los años 90). Posteriormente, la Corte extendió la noción de territorio para incluir no sólo las áreas poseídas tradicionalmente por las comunidades sino aquellas sobre las cuales éstas tienen una expectativa de posesión. Más aun, la Corte ha utilizado corrientemente el término "territorios ancestrales", que aunque es de uso común entre las comunidades indígenas, constituye un concepto jurídico indeterminado que en algunos casos puede resultar confuso.

En sus primeras sentencias la Corte no elaboró mayormente en relación con los alcances del concepto de territorio. La labor de elaboración argumentativa de la Corte fue dirigida más bien a fundamentar la protección de los territorios de las comunidades étnicas como derechos

fundamentales. Es por tal motivo que la Corte se preocupó por establecer una relación entre el territorio y la cultura. La Corte, entonces acogió la idea de que el territorio es un elemento necesario para el mantenimiento de las tradiciones y costumbres de los pueblos étnicamente diferenciados, y en general para la reproducción de sus culturas. De tal modo, en sus primeras decisiones la Corte distingue el régimen jurídico de propiedad colectiva de los territorios de las comunidades étnicas, que según la Constitución son inalienables, imprescriptibles e inembargables, del régimen común de propiedad individual que es susceptible de mercantilización.

Sin embargo, al definir el derecho a la consulta previa a partir de las diferencias entre los regímenes jurídicos de propiedad la Corte, en la práctica limitó la protección de los territorios de las comunidades étnicas durante esta primera etapa. Quedaron excluidos los territorios que las comunidades han comprado colectivamente con recursos de sus cabildos y organizaciones, pero que no han sido titulados como resguardos o tierras de comunidades negras por el Estado. Asimismo, quedaron excluidos en la práctica aquellos territorios que las entidades del Estado u otras de derecho privado habían adquirido para las comunidades pero que todavía no habían sido tituladas formalmente por el Estado. Por otra parte quedaron excluidos también los predios de propiedad privada de los miembros de las comunidades étnicas, así como los resguardos coloniales y republicanos cuyos títulos no han sido validados por el Estado colombiano. Finalmente, tampoco eran objeto de protección especial mediante consulta previa aquellos territorios baldíos que venían siendo poseídos desde hace cientos de años por las comunidades pero sobre los cuales éstas no pueden acreditar títulos de propiedad. Por último, la Corte limitó la protección de la diversidad cultural al definir el derecho a la consulta previa a partir del régimen jurídico de propiedad, en lugar de hacerlo a partir de apropiación social del territorio por parte de las comunidades.

Es así como en el conocido caso de los U'was, la empresa Occidental Petroleum no tuvo la obligación de realizar la consulta previa. Una vez que se amplió al resguardo U'wa el Estado colombiano y la empresa redefinen el bloque de exploración petrolera y establecen la zona de interés petrolero ochocientos metros por fuera del resguardo, pero en un área de propiedad privada del cabildo mayor U'wa. Sin embargo, de conformidad con la interpretación imperante en ese entonces, al tratarse de propiedad privada y no de un resguardo, la empresa no estuvo obligada a realizar consulta previa. Por lo tanto, realizó la perforación sin consulta previa. Aunque Occidental no encontró petróleo en la cantidad esperada y finalmente devolvió el pozo al Estado, sí encontraron gas y en la actualidad otra empresa se encuentra extrayéndolo.

En decisiones posteriores, la Corte entra a ampliar la noción de territorio para incluir también aquellas áreas que no han sido tituladas por el Estado como propiedad colectiva pero sobre las cuales las comunidades tienen alguna expectativa. Es así como en una decisión de 2012 (T-680/12) la Corte protegió el derecho de una comunidad negra que había solicitado la titulación colectiva de un área que hace parte de un archipiélago de islas en el Caribe, y que en principio no era susceptible de adjudicación por cuanto había sido declarada como "baldío reservado

de la nación" en el año de 1984. La Corte dijo que la medida administrativa que declaraba el archipiélago como baldío reservado de la nación no era susceptible de consulta previa por ser anterior a la Constitución y a la ratificación del Convenio 169 OIT. Sin embargo, la comunidad tenía una expectativa de titulación de dicha área susceptible de protección constitucional por vía de la acción de tutela y ordenó al gobierno seguir adelante con el proceso de titulación como propiedad colectiva. En esa medida entonces, hoy en día la Corte protege los territorios de las comunidades étnicas teniendo en cuenta las diversas formas de apropiación social de los mismos, y no a partir del régimen formal de propiedad.

En el proceso de ampliar la protección de los territorios de las comunidades étnicas y darle un asidero en la realidad social e histórica de las mismas, la Corte ha recurrido al concepto de "territorio ancestral", lo cual plantea algunos problemas. Este es un concepto que goza de amplia aceptación entre las comunidades étnicas y alude a una realidad histórica innegable. Sin embargo, no siempre se condice con las situaciones actuales de apropiación social del territorio. De tal modo, el territorio ancestral de muchas comunidades indígenas incluye áreas que hoy están ocupadas por poblaciones mestizas, negras e incluso, por otras comunidades indígenas diferentes que han migrado. Más aun, el territorio ancestral incluiría también ciudades enteras que hace cientos de años eran ocupadas por comunidades indígenas pero que hoy son ocupadas por cientos de miles e incluso millones de habitantes ajenos a dichas comunidades. El uso de dicho concepto, conlleva la posibilidad – que en algunas partes es muy real – de generar expectativas entre las comunidades étnicas, especialmente indígenas, y de provocar conflictos entre ellas y otros grupos sociales asentados en dichos territorios desde hace mucho tiempo.

En resumen, se puede observar cómo la evolución del marco normativo de la consulta previa por vía de la jurisprudencia constitucional ha ampliado el ámbito de protección de los derechos de las comunidades étnicas al menos en dos frentes diferentes. Por un lado, ha aumentado el conjunto de situaciones objeto de protección judicial. El derecho a la consulta previa es objeto de protección judicial no sólo en relación con la realización de proyectos de utilización de los territorios de las comunidades étnicas y el aprovechamiento de sus recursos naturales, sino con todas aquellas medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos de manera directa. Por otra parte, ha ampliado significativamente la noción de lo que constituye un territorio de una comunidad étnica más allá de las formas jurídicas específicas para incluir diferentes formas de apropiación social del territorio.

El marco normativo desarrollado por la Corte Constitucional adquiere especial importancia en el momento actual, dado que Colombia se encuentra frente a una coyuntura económica, social y política que plantea una serie de retos en relación a la protección especial de las comunidades étnicas y de sus territorios. Este escrito describirá a continuación algunos de elementos de dicha coyuntura y analizará los retos que plantea para la protección de las comunidades étnicas y de sus territorios.

La consulta en un contexto de rápidas transformaciones económicas, sociales y ecológicas

El primer reto lo constituyen las llamadas locomotoras de desarrollo económico del país. La primera es la actividad minera. En los últimos años la minería se ha ido posicionando como un sector líder en el crecimiento del producto interno bruto de Colombia. La actividad minera creció el año pasado un 5.9 % y aunque se ubica por debajo de otros países de América Latina como Chile o Perú, fue el sector de mayor crecimiento económico en Colombia en el último año. Más aun, en el transcurso de los próximos meses la Agencia Nacional de Minería planea iniciar un conjunto de "rondas" para ofertar áreas de exploración a las empresas y empresarios que deseen desarrollar proyectos mineros en los distintos departamentos del país. El crecimiento de esta actividad -proyectado hacia el futuro- supone un impacto sobre los territorios de las comunidades étnicas, que superan hoy el 30% del territorio nacional.

A esto se suma la necesidad de actualizar el marco legal que rige dicha actividad económica, motivo por el cual el Gobierno Nacional ha presentado un proyecto de Código de Minas para presentarlo al Congreso y adoptarlo como legislación. Sin embargo, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte constitucional, este código debe ser objeto de una consulta previa con las comunidades étnicas del país antes de ser presentado al Congreso. Por lo tanto, el reto para la consulta previa no proviene únicamente del crecimiento de esta actividad económica, sino de la necesidad de crear un marco normativo para regularla. El gobierno pretende permitir que la minería constituya un factor de crecimiento y prosperidad económica y al mismo tiempo proteger el medio ambiente, la organización social y política y la identidad cultural de las comunidades étnicas que viven en los lugares en donde se desarrolla dicha actividad.

Un segundo reto proviene de la actividad de hidrocarburos. Desde 1984 Colombia es un exportador neto de combustible. Desde 1989 el petróleo es el primer producto de exportación de este país superando al café y a las manufacturas. Sin embargo, al mismo tiempo, las reservas probadas de petróleo disminuyeron, lo que llevó a la necesidad de modernizar el sector separando la parte de exploración y explotación de la parte de regulación de la actividad petrolera. Fue así como se creó la Agencia Nacional de Hidrocarburos como entidad encargada de la regulación de la industria. A partir de 2007, esta agencia desarrolla una serie de rondas para asignar bloques de terreno a las compañías interesadas en explorar las distintas áreas del territorio nacional y de la plataforma continental con el objeto de acrecentar las reservas probadas y aumentar la inversión en el sector en un contexto de creciente competencia internacional.

En la actualidad el crecimiento de este sector presenta retos para el desarrollo de la consulta previa. Por una parte, en la actualidad las compañías de hidrocarburos se encuentran mejorando la infraestructura del transporte de crudo y gas para hacerlo más eficiente. Hay un sinnúmero de proyectos de construcción de oleoductos, gasoductos y poliductos, muchos de los cuales atraviesan los territorios de las comunidades étnicas. Por otra, en el último tiempo también

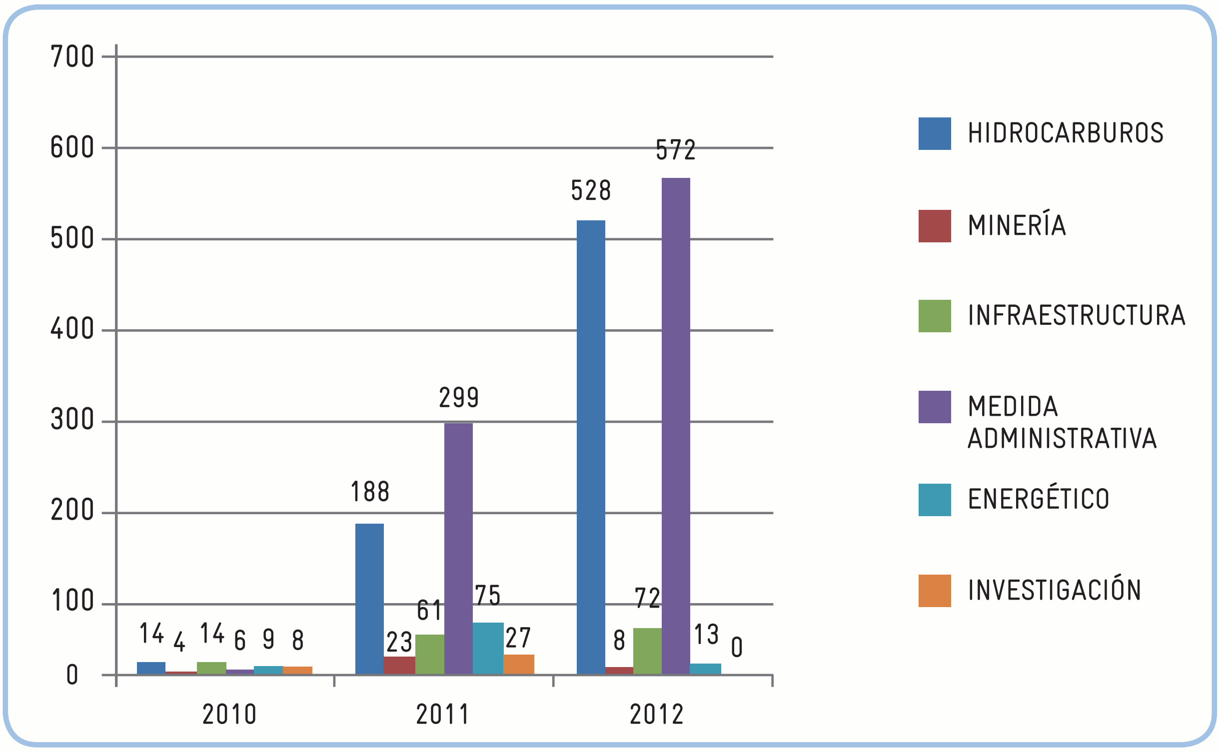
ha habido un auge de los llamados crudos no convencionales en el país. Este producto supone la combinación de diferentes métodos de extracción del petróleo que se encuentra en partes más profundas del subsuelo, fracturando la plataforma rocosa mediante explosiones y usando una combinación de disolventes y presión para llevar el petróleo a la superficie. El uso de esta combinación de métodos plantea nuevos riesgos ambientales y una serie de medidas de manejo que deben ser explicadas a las comunidades étnicas.

La tercera de las llamadas locomotoras de desarrollo económico definidas por el gobierno nacional es la agroindustria. El desarrollo de esta actividad supone diversos desafíos para las comunidades étnicas. En primer lugar, propicia el desarrollo de economías de escala, y por lo tanto, el ordenamiento de zonas de cultivos extensivos de determinados productos y la expansión de la frontera agrícola. Así mismo, el desarrollo tecnológico de nuevas semillas y la tecnificación de modos de producción y transformación de los productos. Este proceso hace que la consulta previa se convierta en un elemento fundamental para facilitar el crecimiento del proceso y a la vez garantizar el acceso al territorio, la soberanía alimentaria de las comunidades, y la protección de las especies nativas que se consumen tradicionalmente. Por tal motivo el gobierno ha diseñado un nuevo estatuto de desarrollo rural e iniciado consultas previas con las comunidades étnicas, quienes han participado en reuniones en diferentes partes del país.

El Gobierno Nacional actualmente se encuentra comprometido con la ampliación de las redes de infraestructura para comunicar el país en lo que se refiere al transporte terrestre, fluvial, marítimo y aéreo. Se está ampliando el conjunto de obras para construir, reparar y mejorar las carreteras, y aumentar su capacidad para integrar económica y socialmente a las diversas regiones., En el último tiempo, el gobierno y los particulares, han incrementado la construcción de vías férreas para llevar productos mineros como el carbón hacia puertos en el mar Caribe y en el Pacífico. Del mismo modo, se ha diseñado una serie de proyectos para ampliar la capacidad de navegación de los ríos, integrando partes del país que hasta ahora se encuentran aislada económica y socialmente; y también se ha incrementado sustancialmente la construcción de puertos marítimos, tanto en el mar Caribe como en el océano Pacífico, y en muchas de estas zonas habitan comunidades étnicas.

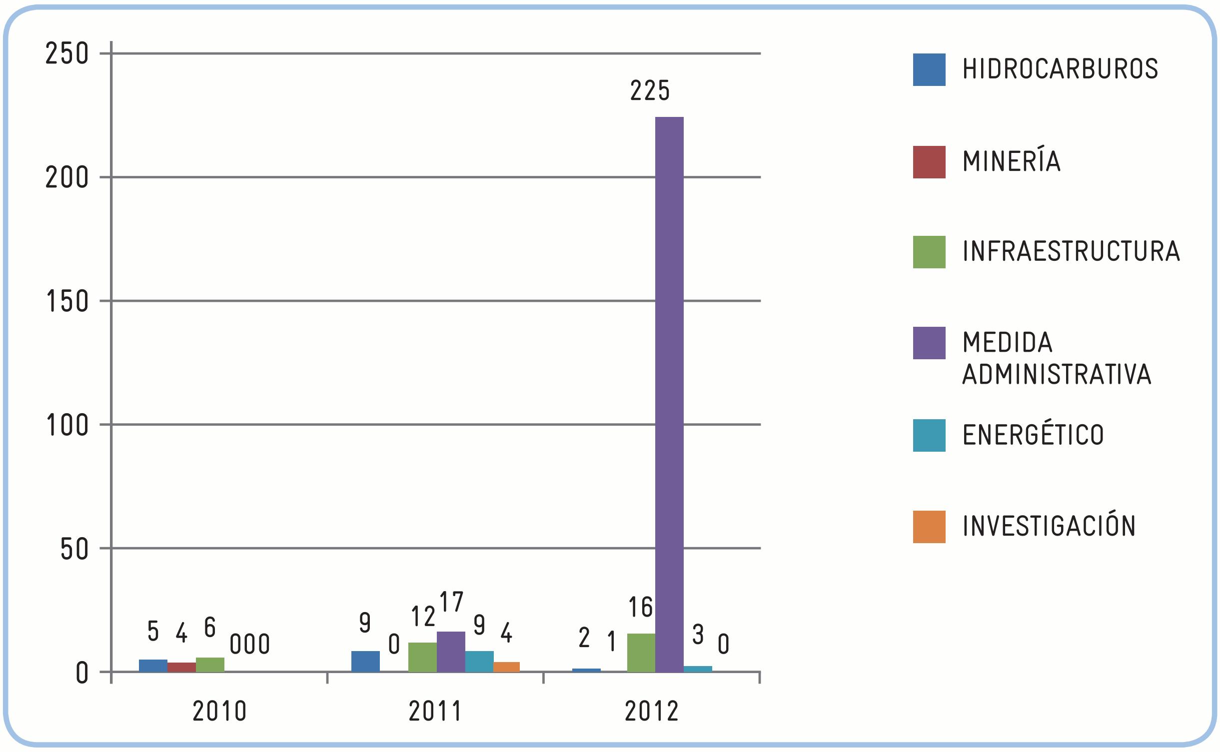
El impacto que tienen estos factores económicos combinados con la ampliación jurisprudencial del ámbito de aplicación de la consulta previa puede apreciarse si se tiene en cuenta el número de consultas previas realizadas en los últimos tres años. Como se aprecia, la cantidad de consultas previas realizadas con comunidades indígenas ha aumentado bastante en los últimos tres años en los diferentes sectores que se han analizado. Así, sólo a manera de ejemplo, el año 2010 se realizaron 14 consultas previas con comunidades indígenas en la industria de hidrocarburos, mientras el 2012 se realizaron 572. En infraestructura se realizaron 14 consultas el 2010, y el 2012 el número aumentó a 72.

Gráfica 1: Consultas con comunidades indígenas por sector



La tendencia al aumento del número de consultas por sector también puede verse en relación con comunidades negras, aunque el factor más significativo en los últimos tres años ha sido la consulta de medidas administrativas, como puede apreciarse en la gráfica 2. Estas pasan de cero en 2010 a 225 en 2012.

Gráfica 2: Consultas con comunidades negras por sector



Finalmente, el último de los retos que tiene la consulta previa se refiere a las necesidades que surgen del proceso de paz entre el gobierno nacional y las FARC que se desarrolla en estos momentos en La Habana. El primer punto dentro de la agenda se refiere al tema agrario, y específicamente a la redistribución de la propiedad agraria que no está siendo explotada. Ello supone también la expansión de la frontera agrícola para entregarles tierras a los campesinos para que las hagan productivas. En algunos casos la expansión de la frontera agrícola que es necesaria para entregar tierras a los campesinos que no las tienen, requiere una transformación del ordenamiento territorial de áreas de reserva forestal en cuanto se refiere a los usos del suelo para permitir el desarrollo de la agricultura. Sin embargo, hay asentamientos de comunidades étnicas en muchas de estas áreas de reserva forestal. Por lo tanto, estas medidas administrativas deben ser consultadas con dichas comunidades.

En conclusión, la coyuntura económica y política actual supone grandes retos que le corresponde enfrentar al Gobierno Nacional para el desarrollo de la consulta previa con las comunidades étnicas. A continuación se identificarán algunas de las medidas que está implementando la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior para garantizar el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas en Colombia.

El papel del Ministerio del Interior

La ampliación de las garantías constitucionales y la coyuntura económica y política han aumentado la demanda de servicios al Estado en relación con la realización de consultas previas. Debido a ello se han presentado una serie de soluciones apresuradas, como la de reglamentar por vía de decreto el derecho a la consulta previa. Es así que en 1998 se expidió el Decreto 1320 de 1998 que regula lo atinente a la consulta previa en relación con la extracción de recursos naturales en territorios de comunidades étnicas. Sin embargo, dicho decreto restringió el alcance que brindó la jurisprudencia al derecho a la consulta previa, y por ello la Corte ordenó su inaplicación por inconstitucional.

Desde mediados de los años 90 se han presentado propuestas para regular por vía de una ley el derecho a la consulta previa. Sin embargo, algunos sectores indígenas se han opuesto a ello. Mientras se adopta una decisión, el Ministerio del Interior ha venido trabajando en una serie de iniciativas para hacerle frente a la necesidad de garantizar el derecho a la consulta previa y al territorio de las comunidades étnicas.

Es así como ha venido participando en iniciativas para diseñar conjuntamente con los diferentes pueblos indígenas del país una serie de protocolos aplicables en las consultas previas que tengan en cuenta su derecho propio, así como sus usos y costumbres. Más aun, en una reciente reunión con los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, el presidente se comprometió a que el gobierno elaboraría en conjunto con ellos e implementaría tales protocolos para que tanto los indígenas como quienes deseen realizar proyectos en su territorio tengan reglas de interacción claras.

La elaboración de dichos protocolos supone un esfuerzo muy importante por parte del gobierno nacional para que la consulta previa parta del reconocimiento de las particularidades culturales de cada pueblo. Hay más de ochenta etnias indígenas oficialmente reconocidas por el Ministerio del Interior dispersas por todo el territorio nacional Cada una tiene un sistema jurídico propio y unas tradiciones y costumbres particulares, muchas comparten un mismo territorio o se encuentran viviendo en tierras de comunidades negras, lo cual también supone un desafío importante. Con algunas de ellas existen algunos avances y el gobierno está confiado en poner en marcha estos protocolos en un futuro cercano.

Por otra parte, la Dirección de Consulta Previa se encuentra elaborando un protocolo interno en el que se definen los deberes constitucionales que les corresponden a los funcionarios que realizan las consultas y a las empresas que las solicitan, en cada etapa y en relación con cada actividad que se desarrolla en la consulta. La elaboración de dicho documento tiene como finalidad sistematizar las reglas y parámetros establecidos por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, y garantizar que el gobierno como las empresas privadas respeten los mínimos establecidos en el transcurso de todo el proceso de consulta.

La sola identificación y sistematización de garantías mínimas para aplicarlas en el proceso de consulta no es suficiente. En muchos casos, los problemas surgen del desconocimiento no sólo de las garantías constitucionales sino de las particularidades culturales de los pueblos y comunidades a consultar. Es por ello que el Ministerio está llevando a cabo un programa de capacitación dirigido a las empresas y a otros sectores del gobierno para proveerlos con la información sobre el proceso de consulta y concientizarlos de la importancia que tiene el reconocer y valorar las diferencias culturales. Así mismo, va dirigido también a las comunidades étnicas para darles a conocer el proceso de consulta y concientizarlas en relación con sus derechos en cada etapa.

Por otra parte, el Ministerio está fortaleciendo su Dirección de Consulta Previa para mejorar el acceso a la información geográfica y la capacidad en la evaluación de impactos a través de la suscripción de convenios con diferentes entidades del Estado. El Ministerio está adquiriendo el acceso oportuno a la información geográfica y predial para ubicar las áreas de los territorios de las comunidades étnicas en mapas, o cuando dicha información no esté geo-referenciada, levantar los planos respectivos, en el computador o en el campo. El acceso a la información geográfica permite a un grupo especializado de profesionales localizar los proyectos en el espacio y evaluar mejor los impactos ambientales y socioculturales de los mismos.

Para muchas de las comunidades étnicas que viven en lugares apartados de la geografía nacional, los procesos de consulta son de los pocos espacios en que entran en contacto con el Estado. Estas comunidades suelen tener una gran cantidad de necesidades básicas insatisfechas, y la consulta resulta ser el único momento que tienen para hacerlas. La formulación de estos pliegos de solicitudes en el transcurso de la consulta es perfectamente razonable, sin embargo, el Ministerio del Interior no tiene la capacidad para satisfacer estas necesidades directamente, y en muchos casos ésta imposibilidad termina desviando el objetivo del proceso y obstruyendo la consulta. Es por ello que dentro del protocolo interno de consulta, el Ministerio está diseñando una etapa previa en la que se identifiquen las necesidades más apremiantes de la comunidad, se establezca qué entidades del Estado son responsables de proveer dichas necesidades, y el Ministerio facilite que se establezcan canales de comunicación entre estas entidades y la comunidad.

Finalmente, un último elemento que vale la pena mencionar es el esfuerzo que el Ministerio lleva a cabo para la construcción de confianza de las comunidades dentro del proceso de consulta previa. En este proceso las partes establecen una serie de compromisos, sin embargo, en muchos casos éstos no se cumplen y no hay forma de hacerlos exigibles, lo que rompe la confianza de las comunidades, no sólo en relación con el proceso puntual, sino con el mecanismo de consulta previa en general, y cuando no hay confianza entre las partes, las posibilidades de llegar a un acuerdo se disminuyen considerablemente. Por lo tanto, el Ministerio se encuentra en el proceso de implementar mecanismos para garantizar el cumplimiento de los acuerdos a los que llegan las partes durante la consulta previa.

El primero de los mecanismos para generar confianza entre las partes es el de garantizar que éstas prevean una serie de contingencias para así evitar los conflictos producidos por los denominados "contratos incompletos". Esto se logra, por ejemplo, garantizando que las partes prevean que los proyectos no se lleven a cabo estableciendo explícitamente las consecuencias en caso de que ello ocurra. Prever la no realización del proyecto o su ejecución parcial, permite que no se frustren las expectativas que las comunidades tienen y que se generen conflictos entre ellas.

Otro mecanismo a través del cual se disminuyen las posibilidades de incumplimiento que ya ha implementado el Ministerio, consiste desagregar las obligaciones por fases, establecer tiempos y verificar el cumplimiento parcial periódicamente. Ello supone entonces que el Ministerio realiza una labor periódica de verificación de los niveles de cumplimiento de los acuerdos. De ese modo se puede detectar el incumplimiento a tiempo, identificar los problemas que lo han ocasionado, y establecer los correctivos oportunamente.

Sin embargo, la previsión y el seguimiento no garantizan el cumplimiento de los acuerdos. El Ministerio ha previsto diversos mecanismos, uno de ellos consiste en que dicho cumplimiento sea exigible como un requisito para el licenciamiento ambiental previo que requieren algunos proyectos. Sin embargo, no todos los proyectos requieren licenciamiento ambiental. Para esos casos puede establecerse otro tipo de garantía como la obligación de suscribir una póliza por medio de la cual un tercero asegure el cumplimiento de la obligación.

Conclusión

El texto presentado muestra la relación entre el desarrollo del marco jurídico de la consulta previa en Colombia por vía jurisprudencial con el contexto político y económico por el que atraviesa el país; así como la política que desarrolla el actual gobierno en torno a la consulta previa con las comunidades étnicas. La evolución del marco jurídico de la consulta previa por vía jurisprudencial ha permitido responder a algunos retos que plantea el desarrollo económico para las comunidades, ampliando el ámbito de protección y extendiendo la noción de territorio.

Sin embargo, algunos de los retos aún subsisten. El crecimiento económico, la necesidad de desarrollo de la infraestructura del país y el ordenamiento territorial propuesto dentro del proceso de paz que atraviesa Colombia, constituyen grandes desafíos para las comunidades. El gobierno ha adoptado una política pública para proteger los territorios y los derechos de participación de las comunidades étnicas, acorde con las políticas de crecimiento económico y de paz del actual gobierno. Para ello es necesario que las minorías y las mayorías en Colombia entiendan la consulta previa como un diálogo intercultural del cual todos nos beneficiamos.

3.1.2 Humberto Sierra Porto[24], Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Deseo marcar un panorama descriptivo y político de la consulta previa. La intervención tendrá elementos descriptivos y elementos analíticos.

Primero, es importante analizar el aspecto jurídico. Una realidad jurídica solo se puede entender en todas sus fases, mediante la teoría tridimensional del derecho. La primera figura es la perspectiva filosófica y su fundamentación. La segunda es la sociológica política que también es importante para comprender cualquier institución. La última es la normativa asociada del derecho. Si deseamos ser juristas debemos entender todas estas perspectivas para apreciar a profundidad un tema tan complejo como las dinámicas de los derechos indígenas.

Al hablar de consulta previa nos referimos a uno de los asuntos más importantes para la vida indígena, regulado en la Constitución colombiana. Entre ellos están los temas religiosos, idiomáticos, la problemática de su organización territorial, la capacidad de autogobierno y cómo compatibilizar esto con el Estado. Otros derechos importantes son los asociados a su participación política. Hay una lógica de participación política y hay una norma que lo regula. En ese sentido, todo gobierno debe propiciar la participación. Finalmente la consulta es uno más entre un bolsón de normativas que se aplican a las comunidades indígenas.

Veamos ahora otros temas antes mencionados:

1. Fundamentos constitucionales: Los pueblos indígenas son titulares del derecho y forman parte de la constitución. El hecho de que la consulta sea un derecho efectivo en la constitución significa que tiene eficacia jurídica directa y que es un parámetro de validez, es decir que toda norma puede considerarse inválida si va en contra del derecho a la consulta. Por ejemplo, amparo, significa acción de tutela. Todos los jueces pueden proceder por este derecho.

2. Toda comunidad indígena debe ser consultada; se incluyen comunidades afrocolombianas, gitanas, etc.

3. ¿Qué es lo que se tiene que consultar? Las reformas constitucionales. Se declaró una reforma constitucional inválida por no consultarse. Los tratados internacionales, hoy en día las grandes normas jurídicas vienen de los tratados internos; no significa que se tienen que consultar antes de firmar pero sí antes de aplicarse. Los actos administrativos. Sucede que se hace la obra y luego se cae en cuenta que no se hizo la consulta, ésta debe ser de carácter previo. Aún se evalúa si las estrategias generales deberían ser materia de consulta.

4. Los requisitos de la consulta previa: La consulta debe ser previa y por afectación directa. La consulta se debe realizar antes de realizar la obra o proyecto pero también durante y después

24 Estudió derecho en la Universidad Externado de Colombia y se especializó en derecho constitucional y ciencia política en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. En la Universidad Autónoma completó su doctorado en derecho público, ciencia política y filosofía jurídica. Fue el magistrado más antiguo de la actual Corte Constitucional hasta septiembre de 2012 cuando terminó su período.

de la ejecución de la obra. Su realización al inicio del proyecto no significa que no se necesite una coordinación constante o monitoreo. El diálogo es importante.

5. Esto plantea un problema; la vigencia de la consulta. ¿Qué sucede con los efectos o actividades que se hicieron antes de la entrada en vigencia del convenio? La consulta previa puede suponer que se realicen consultas durante la participación directa.
6. Además nos planteamos las interrogantes; ¿Toda afectación debe ser consultada? Si la afectación es positiva, ¿también se debe consultar? Es un tema que se ha conversado mucho y que sin embargo permanece en debate.

Por último, se desea que el indígena se haga parte del Estado o que, reconociendo sus identidades, se integre a la unidad nacional. El temor es que esta medida afecte la integración nacional.

3.1.3 Janneth Moreno Martínez[25], Defensora Delegada para los Indígenas y las Minorías Étnicas de la Defensoría del Pueblo de Colombia

Plantearé mi exposición en dos sentidos: en lo que se ha avanzado y en el rol que cumple la Defensoría del Pueblo de Colombia.

El Convenio 169 OIT aplica a los pueblos indígenas, a las comunidades negras que tienen propia ley regulatoria, la comunidad palanquera (con lengua usos, y costumbres propias), y los raizales. Dentro de la población afrocolombiana hay 3 grupos étnicos sujetos a la aplicación del Convenio OIT. En el caso de los afrocolombianos, desde una perspectiva constitucional, podemos señalar que se encuentran en un limbo jurídico desde diciembre 2012, porque no se llega a un acuerdo para determinar si las comunidades afro deben ser consultadas.

La valoración de la consulta previa

Colombia es el país más avanzado en cuanto a la consulta. A pesar de ello, la Defensoría considera que no se ha tenido en cuenta que las medidas a ejecutar deben ser establecidas mediante mecanismos de coordinación con mecanismos de concertación de acuerdos y medidas de manejo en los procesos de consulta previa. Se ha intentado hacer un paralelo de los recursos con que cuenta el Ministerio del Interior y las comunidades y se ha determinado que hay una distribución desigual del poder y los recursos.

Algunos de los funcionarios de los procesos de consulta no tienen la visión ni el entendimiento de la cosmovisión de los grupos étnicos. Tampoco tienen el personal para saber cuál es el alcance que tendrá el proyecto. Si, por ejemplo, el Ministerio del Interior lleva un equipo preparado (ingenieros,

25 Licenciada en Socióloga. Es funcionaria de la Defensoría del Pueblo de Colombia. Durante su trabajo ha participado en la elaboración de los informes sobre situación de los derechos fundamentales, colectivos e integrales de los pueblos indígenas.

antropólogos, entre otros especialistas), las comunidades no tienen un proceso igual ni hay un adecuado entendimiento de qué es lo que se va a consultar.

La consulta previa se limita a estudios de impacto ambiental que las empresas realizan desde su punto de vista no étnico. Las comunidades muchas veces no comprenden estos resultados a pesar de que el gobierno cuenta con instrumentos e información. Debido al nivel educativo, las comunidades no tienen claras las actividades de preacuerdos.

Muchas veces no se cuenta con el acompañamiento del Ministerio Público. El proceso se realiza fuera de las comunidades y los grupos étnicos deben fijarse a las agendas, tiempos y localidades. No se toma en cuenta las prioridades del desarrollo y las actividades de los grupos indígenas.

En Colombia, al buscar la tutela para la consulta en el caso de la construcción de una carretera, se ha tomado en cuenta de que en cada proceso debe haber acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación. Aunque se ha estado haciendo, los procesos de consulta se han incrementado y para la Defensoría ha sido acompañar todos.

Las personerías municipales no están capacitadas en la consulta previa y desconocen el verdadero sentido de este derecho. Carecen de calificado para esta labor.

Planteo las siguientes reflexiones en base a este marco:

Sobre la garantía del derecho fundamental colectivo a la consulta

a) Existe normatividad pero se falla al actuar en favor del interés de las comunidades.

b) No se toman decisiones adecuadas en materia de infraestructura.

c) No se construye adecuadamente el diálogo ni el consenso.

d) Desde la perspectiva sociocultural, no se aborda el tema.

e) No se da oportunidad de alcanzar los procesos de desarrollo.

f) La pre consulta no es suficiente.

g) Se señala que se va coordinar y no se toman acciones para ello.

h) Muchos procesos que se hacen con las formalidades necesarias, pero no se consultan con las comunidades en el territorio.

i) No se valoriza la procedencia de la información en términos de procesos de consulta.

Considero que el rol de la Defensoría del Pueblo debe ser el siguiente:

- Divulgar y promover los procesos de consulta.
- Acompañar y asesorar a las comunidades indígenas.
- Ejercer supervisión sobre la consulta previa.

En el marco de la normatividad, se dictan talleres a las poblaciones, pero el tema de la consulta se toca al final luego de hablar de otros demás que competen a los pueblos indígenas. Otra línea de trabajo es la magistratura moral. La Defensoría tiene competencia dirigida a la defensa y protección de los grupos étnicos reconocidos en el país, bajo el principio de la diversidad étnica y cultural. La protección de los derechos fundamentales se da a través de la asesoría y el acompañamiento. Constatamos que, efectivamente, sea un proceso en el que no se impongan y se respecten procesos para que no se afecten los derechos de los grupos étnicos.



Mesa temática Colombia: Pablo Rueda, Humberto Sierra, Janneth Moreno

3.1.4 Preguntas del público

Pregunta 1: Pablo Rueda

¿Se consultan las actividades militares si se desarrollan en territorios indígenas?

En cuanto a la construcción de bases militares, éstas deben ser consultadas si están en un territorio indígena. La erradicación de cultivos es un tema policial; se debe consultar no solo con las comunidades consumidoras tradicionales de hoja de coca; sino también a las no lo son y están siendo afectadas por el proceso de erradicación. Lo que se consulta con las primeras es cómo los va a afectar y cómo van a mantener un área para el consumo. Con las otras, se consulta el modo de erradicación.

Pregunta 2: Pablo Rueda

De las medidas consultadas, ¿Qué porcentaje se ejecutan?

Se ejecutan la gran mayoría y por eso son conflictivos los casos en donde las consultas no se ejecutan, lo que pasa por razones presupuestales, por ejemplo.

Pregunta 3: Pablo Rueda

¿Qué hacer en caso de no se llegue a un acuerdo?

Hay casos en los que no hay acuerdos. Se tiene que llegar a un acuerdo conforme a las tres hipótesis que ha dispuesto la Corte Constitucional; sin embargo, ha habido jurisprudencia que señala que el consentimiento libre, previo e informado es necesario para ciertos casos. Pero fuera de esos casos específicos, lo que he hablado con las empresas es que es muy difícil ejecutar un proyecto si la comunidad está en contra.

En la práctica se considera más un problema jurídico dogmático que un proceso real. Hay casos en que las comunidades no están de acuerdo, lo cual nos lleva a preguntarnos si cuando hablamos del derecho a la consulta previa, ¿hablamos de un derecho de libertad? ¿De una asociación sindical o de las comunidades negras e indígenas de Colombia que tienen una responsabilidad con la base social y los grupos futuros? La consulta implica una responsabilidad de las organizaciones indígenas como autoridades.

Pregunta 4: Humberto Sierra

¿La consulta debe hacerse de manera previa?

La consulta previa se puede dar en otro momento del proceso. La clave para esta pregunta está en dos elementos; en la buena fe y en la dinámica de toda obra o proceso de construcción.

Las realidades señalan la necesidad de corrección. Por ejemplo, si se hace una explotación minera e inicialmente se considera que no afectara el agua y la realidad muestra lo contrario, deben tomarse medidas para proteger a las comunidades. Debe haber un dialogo permanente y constante. La consulta previa puede darse a lo largo de la obra.

Pregunta 4: Humberto Sierra

¿Qué se considera como afectación directa?

Aquí nos encontramos ante un problema; si se llega al extremo donde toda actividad que afecte directa o indirectamente se consulta, esto va en contra de la dinámica de la democracia representativa.

Si se afecta específica y concretamente a una comunidad, entonces la medida debe ser consultada. Lo que atañe a todos, debe ser decidido por todos. Por ejemplo, si se hace una ley de propiedad del país, es para todo el país, si se hace una para las comunidades, debe consultarse.

Pregunta 5: Humberto Sierra

¿Es posible oponerse a una actividad que afectaría un territorio argumentando la objeción de conciencia? ¿Y la acción de amparo?

Ambas están ligadas y se toman en cuenta para tomar decisiones. En objeción de conciencia, generalmente el titular es individual, pero cuando se habla de comunidades se está pensando en un titular colectivo. Ahora, se pondera en la objeción de conciencia el hecho de que se pueda usar la acción de amparo en determinaciones colectivas.

Por ejemplo, si se quiere construir una base militar en un territorio indígena, se puede argumentar sobre la diferencia de cosmovisión y el perjuicio para las condiciones religiosas. El derecho a la libre determinación está implícito en la consulta.

Pregunta 6: Janneth Moreno

¿Qué papel juega la Defensoría del Pueblo para que no se violenten los derechos de los pueblos indígenas?

La Defensoría del Pueblo está en tres partes del proceso: acompañando, asesorando y haciendo incidencia en acciones judiciales y acciones de tutela.

La Defensoría tiene muchos ejemplos en procesos de consulta en los cuales el gobierno ha invertido recursos y esfuerzos. Por ejemplo en el caso de los U'wa 2007-2008. El Ministerio del Interior contrató a un buen equipo en coordinación con una empresa de petróleo. Se dio capacitación a los de jóvenes U'wa y se les explicó debidamente a 20 jóvenes sobre el proceso de exploración, explotación y consulta. Sin embargo, cuando en la asamblea se explicaron los impactos posibles, las autoridades no los entendieron por la dificultad lingüística y no se llegó al acuerdo. Hubo una brecha generacional.

Pregunta 7: Janneth Moreno

¿Cómo se reconoce a los pueblos indígenas?

Se toman en cuenta los criterios objetivos y subjetivos señalados en el Convenio 169 OIT; pero además el MININTER hace estudios socio-antropológicos en caso algún pueblo pide se reconocido. Por otro lado, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural hace un estudio para ver si son un pueblo indígena o un grupo étnico.

Pregunta 8: Janneth Moreno

¿Por qué se realiza la consulta con las propias comunidades y no sus representantes? ¿Tiene que ver con el costo de las consultas?

En efecto, los pueblos indígenas están en comunidades muy alejadas. Tomando en cuenta el costo de viáticos, podría demorar 17 horas llegar a la comunidad. La consulta es muy costosa.

Se hace las consultas directamente al pueblo o comunidad porque los representantes no siempre recogen la voluntad de su comunidad. Las organizaciones muchas veces no bajan a las bases de quienes se está consultando.

3.2 Mesa temática "La experiencia peruana en la implementación del derecho a la consulta previa"

3.2.1 Iván Lanegra[26], Viceministro de Interculturalidad del Ministerio de Cultura de Perú

Dado que el día anterior se ha discutido ampliamente sobre el contenido de la consulta previa y los desafíos que implica en términos jurídicos, quisiera abordar los temas prácticos de su implementación vinculados con el Perú. Creo que el eje para entender los problemas y dificultades en la implementación de un derecho de esta complejidad, parte de una mirada crítica del Estado. Estoy convencido que lo que se necesita hacer a mediano y largo plazo, para lograr que la consulta previa y otros derechos de los pueblos indígenas sean efectivos, es una reforma estatal que modifique aspectos críticos que aún mantiene.

Eso implica un cambio en varias dimensiones del Estado. Uno de ellas tiene que ver con su propia capacidad para producir transformaciones efectivas a partir de las políticas públicas que diseña. En ese punto existen varios aspectos débiles del Estado, en relación con los pueblos indígenas.

Un primer nivel tiene que ver con la infraestructura que dispone el Estado para producir políticas públicas. Me refiero a personas y herramientas que le permitan hacer que las cosas sucedan dentro de su territorio.

Un segundo problema tiene que ver con el alcance del Estado, es decir hasta dónde llega de manera eficaz y efectiva.

Un tercer lugar tiene que ver con el peso del Estado para que las políticas específicas que se desarrollan en el país, efectivamente modifiquen o cambien prácticas dentro del mismo. En estos aspectos las debilidades se expresan de diversa manera.

En primer lugar, en los recursos públicos y en los presupuestos que el Estado dedica a los temas vinculados con pueblos indígenas. Es evidente que uno de los temas que se plantea como un pasivo concreto, tiene que ver con la poca visibilidad que tiene, en las cifras presupuestales, el tema indígena. Unas de las cuestiones indispensables de corregir, es tener una idea clara de

26 Abogado, estudió en el Programa de Derecho Ambiental Internacional y Comparado del Instituto de las Naciones Unidas para la Capacitación y la Investigación (UNITAR) y de la Universidad Católica de Budapest. Fue Adjunto en Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas en la Defensoría del Pueblo de Perú y gerente regional en el Gobierno Regional de Junín. Es profesor de Ciencias Políticas y Gobierno en la Pontificia Universidad Católica de Perú.

cuánto es lo que el Estado gasta e invierte en políticas vinculadas con los pueblos indígenas. Si hoy se preguntara exactamente cuántos soles se dedican a esas políticas, no podría darles una respuesta, pues las cifras están invisibilizadas e incorporadas en múltiples políticas. La necesidad de hacer que eso sea una cifra clara, es un primer elemento indispensable para saber si las políticas están haciéndose de manera seria.

Un segundo elemento que revela este aspecto, tiene que ver con los recursos humanos disponibles y las características del mismo. Aquí tenemos un desafío enorme porque no es solamente en la esfera de los pueblos indígenas donde existe una debilidad. La necesidad de un servicio público, de un servicio civil fuerte, genera dificultades no solamente en el ámbito relacionado con pueblos indígenas. Eso tiene que ser corregido porque la imposibilidad de generar una experiencia que se vaya sumando año tras año en estos temas y que se mantenga, un cuerpo sólido de funcionarios y funcionarias que atiendan estos aspectos, es sin duda un problema. Y por lo tanto asegurar que exista un equipo independiente, autónomo, que pueda brindar ese tipo de políticas, por lo menos a un nivel de Dirección Nacional, es un primer paso indispensable.

Un tercer elemento, más complejo aún, tiene que ver con la propia mentalidad de los funcionarios públicos. Es una de las cosas con las que día a día tenemos que lidiar, su forma de pensar absolutamente monocultural. Hay que aceptarlo, el Perú es un Estado donde los funcionarios y funcionarias piensan que hay una sola cultura, la propia y la capacidad para relacionarse con culturas distintas es absolutamente limitada. Es un tema que podría empezar a cambiar con capacitación. Aunque esta no modifica las actitudes luego de un proceso de práctica y acción, que es la base de la relación de los funcionarios con los pueblos indígenas, algo posiblemente cambiará a largo plazo.

Por el lado del alcance de las políticas, una de las cifras del Programa de las Naciones Unidas es la que se denomina "índice de densidad estatal". Este mapa revela que el Estado tiene menor alcance en zonas donde están los derechos colectivos vinculados a los pueblos indígenas. Es allí donde la presencia del Estado es más tenue y donde los pueblos indígenas exigen su presencia. No es una percepción negativa, sino una demanda de presencia. Y es que cuando el Estado solo aparece ante la ocurrencia de un conflicto, origina desconfianza. Ampliar el alcance del Estado en las zonas es algo que no sólo tiene que ver con el tema indígena, sino con una reforma del Estado.

La capacidad del Estado de generar cambios reales se vincula con la descentralización del país. El Estado no está al alcance de implementar políticas específicas sin una descentralización bien hecha, lo que es un gran desafío.

Gran parte de los temores y preocupaciones sobre la consulta previa, se expresan por estos antecedentes. Es parte de, pero no es todo. Desde el mes de octubre del año 2011, hemos visto que es un proceso que ha podido avanzar relativamente rápido en herramientas legales

y compromisos normativos, que ha generado un elemento básico para el desarrollo de una política pública, pero que todavía no se ha transformado en una que pueda ser utilizada por los funcionarios públicos; estamos en las etapas iniciales de este proceso.

No hay que pensar que la ausencia de los procesos de consulta, por ejemplo en el tema minero, un tema bastante complejo, no se explique en el pasado. Se produjo un conjunto de cambios y reformas que generaron un nuevo escenario. Ocurrió en el tema ambiental con la inserción de los estudios de impacto ambiental que se aplicaron mucho después de ser aprobados como instrumentos de gestión. No queremos que un inicio tan largo se dé con la consulta, pero hay que romper algunos diques de desconfianza sobre este tema para que el proceso se desarrolle.

Es evidente que no puede desconocerse el derecho de las comunidades campesinas el acceso a los derechos colectivos vinculados con los pueblos indígenas y además, a reconocer que tenemos una diversidad cultural de origen andino que tiene que ser valorada. Convencer, discutir y hacer un esfuerzo dentro del aparato público, revela un Estado que no es monolítico, sino diverso. Al final tienen que tomarse decisiones que implican momentos en los que puede haber riesgos y oportunidades. Algunos creemos firmemente que la consulta es una fuente de oportunidades enorme. No es una trampa o un proceso destinado a evitar que el Perú se desarrolle, sino una herramienta orientada a brindar oportunidades reales para que todos los peruanos tengan acceso a los beneficios que nuestro país puede ofrecer. Puede haber mil y un críticas a los procesos y sus elementos, pero tiene que haber un compromiso con el proceso en su conjunto para asegurar que la herramienta se implemente.

Esa es nuestra voluntad, el Ministro de Cultura y el Viceministerio estamos comprometidos en ello, y más allá de las dificultades que plantea una herramienta en el contexto que he mencionado, es indispensable avanzar y lograr que estos procesos, que todavía no inician, puedan desarrollarse y que las comunidades que tengan el derecho de ser consultados, lo sean efectivamente.

3.2.2 Ruth Zenaida Buendía Mestoquiari[27], Presidenta de la Central Asháninka del Río Ene (CARE)

Soy indígena, pero también peruana y formo parte del Estado, que tiene la obligación de implementar el derecho a la consulta previa. En la reglamentación de la consulta previa, hubo cambios en el texto planeado en las sesiones macro-regionales. Por su parte, las organizaciones indígenas nacionales piden que se modifiquen algunos artículos. Muchas veces hay ausencia institucional de los pueblos indígenas en nuestro Estado peruano. Falta la participación indígena

27 Líder de la comunidad indígena Asháninka de Cutivireni del valle del Río Ene, en Perú. Desde 2006 es presidenta de la Central Asháninka del Río Ene (CARE). También trabajó por la Asociación Regional de los Pueblos Indígenas de la Selva Central (ARPISC). Fue nombrada "Ciudadana de 2012" por el periódico español El País. Recibió en el 2013 el Orden de Mérito de la Mujer, premio otorgado por el Ministerio de la Mujer como máximo reconocimiento a en la defensa y la promoción de la igualdad de género.

en la implementación de programas. Se requiere mayor esfuerzo para atender las necesidades de los pueblos indígenas. Aparentemente nuestro país ha crecido económicamente, pero esto no se ve en nuestras escuelas, a diferencia de la capital, donde sí se observa como está creciendo el país. Nuestros pueblos necesitan atención, el derecho a la salud, a la educación y al agua.

El Defensor del Pueblo hace sus actividades pero no de manera eficaz, porque no hace seguimiento. La CARE tiene experiencia en este tema, en relación a las centrales hidroeléctrica, donde se concesionó sin consulta territorios del pueblo indígena Asháninka, a pesar de que las comunidades nativas son tituladas. Aunque el Estado estaba implementando de la ley, el pueblo indígena tenía conocimiento de la ratificación y vigencia del Convenio 169 OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas.

Las comunidades nativas determinaron que las centrales hidroeléctricas no van porque han sido concesionadas sin consulta y son perjudiciales. Hemos hecho auto consultas para que se desista. Eso es todo lo que puedo decir en cuanto a las experiencias. Se adoptan en nuestro país muchas medidas, pero es necesario reformar mentalidades. El gobierno peruano quiere implementar la consulta, pero a falta de actitudes de los funcionarios esto se trunca. Hay corrupción y también desconfianza del pueblo indígena hacia el Estado. Esto amarra las consultas; se decía ayer que debían ser de buena fe, pero ha habido acuerdos con buena fe que no se han aplicado.

Finalmente, como pueblos indígenas no nos oponemos al desarrollo, pero hay riesgos. Hay pequeños grupos que se benefician económicamente y los pueblos indígenas no se benefician de sus recursos naturales.

3.2.3 Tania Pariona Tarqui[28], Representante del Centro de Culturas Indígenas del Perú (CHIRAPAQ)

Aprendí mucho de nuestras hermanas indígenas mayores, quienes nos han transmitido experiencias, conocimientos y la lucha por los derechos. Soy peruana, de la provincia de Víctor Fajardo, en Ayacucho.

El día de ayer se habló mucho acerca del derecho a la consulta previa principalmente del marco jurídico teórico. Yo podría decir que la realidad, para saber cómo es que los pueblos entienden este proceso de consulta previa, libre e informada la ha mostrado nuestra hermana asháninka.

Luego de la Declaración de las Naciones Unidas se empezó a hablar del tema y fue reforzado por los hechos de Bagua. En Ayacucho los funcionarios hasta hace un par de años no conocían el Convenio 169 OIT, por ende no lo conocían las autoridades comunales. Desde Chirapaq se hace

28 Lideresa quechua de Perú que cuenta con una gran experiencia en derechos humanos y derechos de los pueblos indígenas. Formó parte del programa de derechos humanos de pueblos indígenas del Alto Comisionado para Derechos Humanos en las Naciones Unidas. Fue miembro de Ñuqanchick Organización de Niños, Niñas, Adolescentes y Jóvenes Indígenas.

un esfuerzo para tener la información pertinente, porque no es suficiente al tener comunidades orales. Hacer difusión en quechua y difundir por parlantes para que nuestras comunidades puedan tener la información adecuada y entender qué quiere decir un "derecho". En las comunidades indígenas entienden derechos según deberes y esta relación necesita precisarse.

En el Perú hay avances, pero también hay observaciones sobre la Ley. Por ejemplo, el hablar de descendencias directas, pero en el Perú, ¿quién tiene descendencia directa? Con el proceso de colonización no hay pueblos directos; por eso mismo se quiere reivindicar la identidad. En el país hace falta afirmar las identidades indígenas y la ideología de la discriminación y el racismo no permite que se implementen normas nacionales e internacionales.

Al trasladarnos de la región quechua hacia acá no es fácil leer y tener opinión; toda la información debe traducirse al quechua. Me refiero al tiempo en que una guía metodológica debe definirse adecuadamente para tener un apropiado proceso de consulta.

Los cambios y mejoras económicas no se ven reflejados en nuestros pueblos. Vivo donde está la minera Catalina Huanca. Mi padre deseaba estar cerca de una minera, sin embargo ese pueblo tiene escuela pero no maestros adecuados, tienen palacio municipal de tres pisos, algo que no determina el desarrollo humano de los pueblos. Las comunidades se emocionan con esta idea. Se forman divisiones y se añade la desinformación. Hay barreras que superar para hablar de un proceso democrático y participativo en procesos de consulta.

No se debe remitir a cifras y participantes para ver avances. Debemos preguntarnos sobre qué estructuras se están preparando estos procesos de consulta, y si se dan los procesos adecuados. Que se cuente la calidad más que cantidad, y sean procesos dónde realmente se respeten los derechos indígenas.

Hace falta un tejido social y esto está en el sistema de educación. Es necesario reconocernos como iguales. Se ha hablado de los pueblos indígenas como los "otros", los ajenos, que no quieren desarrollo. Basta de sentirnos ajenos al Estado. Debe haber confianza para el diálogo mutuo intercultural, pero esto no se va a superar si no se cambian mentes, porque eso es lo más difícil de superar. Eso a su vez, repercute en las políticas.

En cuanto al aspecto político legal, debe haber una armonización de políticas nacionales e internacionales. Aún funcionamos con nuestras leyes, la ley de comunidades campesinas. Sin embargo, hay derechos que no están contemplados, como el derecho a tener un medio ambiente sano, a mantener lugares sagrados. Necesitamos contar con una ley nacional que fije estos parámetros.

Por ejemplo, en el caso de contaminación, ha habido una alarma sobre el derrame de petróleo en Loreto. Es necesario que previamente a la consulta se haga un saneamiento y no se ponga en riesgo la vida de los pobladores de la zona. No se ha hecho un informe de la zona. Es necesario hacer un pare y fijarnos en qué es lo que está pasando. Antes de la firma de la consulta ya

hay concesiones operando y empresas ya funcionando. Si fuera necesario, debe realizarse la indemnización y compensación.

Desde la experiencia peruana hay avances, pero el escenario plantea algunos desafíos. Propongo cinco claves para abordar este tema:

1. Reconocer y afirmar la diversidad.
2. Superar el problema del racismo y la discriminación para crear una sociedad inclusiva e intercultural y garantizar posiciones sociales y políticas que nos permitan crecer como iguales.
3. Discutir sobre el modelo de desarrollo y el derecho al desarrollo y conocer cuáles son los sectores que permitirían una economía propia. Es importante ver esto para generar ingresos sin contaminar a la tierra ni el agua.
4. Plantear mecanismos adecuados para la participación. No es lo mismo tener este encuentro en Lima y que los pueblos no estén. Tampoco ir con un equipo técnico a la localidad, se debe contar con mecanismos y estrategias propias.
5. Establecer políticas públicas diferenciadas con enfoque de género y generacional. Se debe potenciar la parte de las mujeres que son portadoras de la identidad a las nuevas generaciones. Puntualizar impactos de las políticas públicas frente a niñez y migración, la cual asciende entre los jóvenes. La pregunta es por qué; y viene de factores de empleo, oportunidades. En lo local también se deben tener estas capacidades.

Finalmente, para hablar de derecho a la consulta hay que hablar antes de derechos en general. Hay todo un proceso por trabajar y se invita a los Defensores de varios países a avanzar con trabajo más local y que se fortalezcan las propuestas de temas interculturales.

Quedan otros temas pendientes; por ejemplo el caso Cañaris. Quien define la identidad indígena, somos los propios indígenas. No es simplemente la apariencia, es conciencia, corazón y pensamiento; nosotros tenemos derecho a la libre determinación.

3.2.4 Alicia Abanto Cabanillas[29], Adjunta de Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas, Defensoría del Pueblo del Perú

En el Perú tenemos una ley, un reglamento y se están implementando instrumentos de gestión. Con estas normas, tenemos un derecho a la consulta previa y un derecho a la participación ciudadana, dos derechos de los pueblos indígenas por lo que al hablar de consulta previa también tendremos que pensar en qué momento aplicamos la participación ciudadana.

29 Abogada por la Universidad Nacional de Cajamarca con especialización en temas de derecho ambiental y resolución de conflictos socio ambientales. Máster por la Universidad de Alcalá en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica. Es funcionaria de carrera de la Defensoría del Pueblo de Perú.

Voy a dar algunas ideas sobre temas en que los funcionarios encuentran dificultades: saber qué medida deben consultar, qué derechos colectivos se afectan con las medidas que ellos aprueban, a qué pueblos indígenas tienen que consultar, a qué representantes indígenas tienen que convocar, en qué momento deben consultar ya que decir "previo" sigue siendo complejo; cuál va a ser el contenido concreto de la consulta, cuáles pueden ser los acuerdos y cómo hacer para que se cumplan en la decisión estatal.

Para desarrollar lo anterior, quisiera presentar la diversidad de los pueblos indígenas que tiene el Perú. Según la información oficial existen 52 pueblos, lo que no es poco, es un gran reto en nuestro país. Por ejemplo, en la región Loreto hay aproximadamente 22 pueblos indígenas con diversas lenguas e identidades culturales. También tenemos pueblos en situación de aislamiento y de contacto inicial, protegidos a través de la categoría "reserva territorial", encontrándose pendiente realizar su adecuación a "reservas indígenas".

Antes de pasar al siguiente punto quiero explicar dos cosas: los pueblos indígenas existen y no se crean por normas o bases de datos, los conocemos y podemos usar información que posee en el Estado para identificarlos. Tienen tierras colectivas, idioma y cultura y hay una serie de datos que los funcionarios deben tomar en cuenta para la consulta. Existen elementos para trabajar y debemos explicar al Estado cómo utilizarlos.

Lo que sí ha sido creado por normas son las organizaciones comunales o colectivas. Por ejemplo en nuestra normatividad existe la figura de organización comunal llamada "comunidad nativa" o "comunidad campesina" y también la de "rondas campesinas". Estas formas de organización comunal en algunos casos coinciden con las áreas donde hay pueblos indígenas y en otras no. Más adelante vamos a referirnos a este tema.

En nuestro país los pueblos indígenas tienen reconocido el derecho a la propiedad; es decir, son propietarios de las tierras a través de un título de propiedad comunal.

Existen títulos que reconocen a diversos propietarios comunales y alrededor del 30% del territorio está bajo este reconocimiento de propiedad colectiva. Respecto de este tema, también debemos señalar que se ha titulado a la mayoría de comunidades, pero en el caso de las comunidades nativas, hay doscientas pendientes de titulación, según Cofopri. Sin embargo las organizaciones amazónicas señalan que son muchas más. En el caso de los andinos, también hace falta la titulación de al menos mil comunidades.

Sobre la titulación, quisiéramos señalar que los pueblos indígenas tienen derecho sobre las tierras que usan y/o ocupan, por lo que la falta de titulación no debe ser una justificación para evadir el derecho a la consulta. En esos casos donde no exista un título, se debe establecer un procedimiento para la verificación individual de caso por caso.

En el Perú tenemos en la práctica población asháninka que vive organizada en comunidades que tienen tierras colectivas reconocidas, pero a al mismo tiempo tenemos población asháninka que

ha migrado y que ya no vive en sus tierras comunales. De los 4.1 millones que tienen ascendencia indígena, un tercio vive en las ciudades y fuera de los usos y costumbres de un territorio o tierra colectiva. Van a haber distintos tipos de consulta, pero ésta se vincula con derechos colectivos teniendo en cuenta que no puede estar subsumida sólo a los casos donde hay un título de propiedad. También vamos a encontrar figuras como rondas en áreas donde no hay población indígena, tema importante pues los derechos colectivos son de población indígena, salvo que el Estado asigne estos derechos a población no indígena. En el caso del Perú, la ley de consulta se ha establecido para pueblos indígenas, si hay grupos humanos que no pertenecen a pueblos indígenas, entonces no estarían enmarcados en estos derechos.

Sobre la aplicación, nuestra ley prevé un procedimiento de siete etapas, que se aplican tanto a medidas legislativas como administrativas. Estas buscan que las poblaciones indígenas, a través de sus representantes, puedan ser informadas de la propuesta de la decisión que quiera tomar el Estado, para luego hacer un análisis o revisión de lo que se plantea y llevar sus propuestas a una etapa de diálogo. El objetivo de esta etapa es de buscar acuerdos y si estos son establecidos, se buscará que se puedan cumplir.

En la etapa de decisión el Estado tiene que cumplir los acuerdos logrados y si no hay acuerdos, decidir en función a los derechos involucrados, pues en ambos casos, según el doctor Anaya, con acuerdos o sin acuerdos, con consentimiento o sin consentimiento, el Estado siempre está obligado a respetar los derechos de los pueblos indígenas.

Por otro lado, tenemos el proceso de implementación de la consulta en el Poder Legislativo. El parlamento tendrá que realizar la consulta sobre la dación de leyes y ello puede implicar la reforma de la Constitución si abarca temas de derechos colectivos o la suscripción de tratados que involucren a los pueblos indígenas.

La consulta en el Poder Legislativo no está admitida para regular materia tributaria, materia presupuestal o decretos de urgencia. El Tribunal Constitucional ha establecido que procede la consulta para normas cuyo objetivo pueda ser la regulación de un derecho colectivo, como el caso de las regulaciones sobre tierras, por ejemplo. En el caso de tratarse de una norma general, que en una parte se refiera a derechos colectivos, por ejemplo si el código civil o penal reglamentara aspectos que sólo regulen a pueblos indígenas, dichas disposiciones deberían ser materia de consulta.

Finalmente nosotros no tenemos una receta para aplicar el proceso de consulta. Antes de que la medida pase al pleno del Congreso, tenemos una experiencia con la propuesta de Ley Forestal donde se cumplieron los acuerdos. Pero lo que nos preocupa a nosotros, es que haya consultas que logren acuerdos y que luego no se cumplan o no se puedan implementar porque se han realizado bajo regulaciones legales que no posibiliten su cumplimiento. Como señaló Eduardo Vega, en la consulta de la Ley Forestal se tomaron acuerdos, posteriormente tomados en cuenta en la Ley Forestal que hoy rige en nuestro país.

En cuanto a las medidas administrativas, podemos decir que son las normas reglamentarias que aprueban proyectos. En nuestra experiencia, observamos que cada sector tiene diversos tipos de funcionamientos y medidas, las cuales tienen distintos efectos.

Es importante generar conocimiento para que en el futuro los funcionarios utilicen metodologías adecuadas a fin de identificar medidas consultables, lograr acuerdos y cumplirlos. Por ejemplo, en el caso de una mina, analicemos qué derechos colectivos estarían implicados. Estarían el derecho a la tierra, al medioambiente, etc. Tendríamos que analizar también si hay un pueblo indígena y los efectos de este proyecto, de allí que nos encontramos con algunos derechos indígenas que tienen un alcance y contenido más desarrollado que otros. Por ejemplo, el derecho a la tierra en el Perú tiene una legislación y es más fácil comprender sus alcances. Pero en el caso del derecho a elegir sus prioridades de desarrollo, conocer hasta dónde va y de qué manera se puede decir que hay una afectación a este derecho, conlleva a un reto particular.

Se debe tener cuidado de que el proceso de consulta se haga en el momento idóneo para tomar acuerdos. En los procesos administrativos, la oportunidad de consultar al principio puede ser un poco riesgosa. El esquema peruano para el caso minero funciona desde el otorgamiento de la concesión para pasar luego al momento de la exploración, solicitar otros permisos y licencias. En el Perú, la concesión minera no implica una obligación de inversión; se puede tener una concesión minera y mantenerla vigente sin invertir y dejar pasar diez o quince años sin ir a la zona y visitarla, incluso sin saber quién vive allí. La norma ha diseñado así el mecanismo y hoy en día existen alrededor de cincuenta mil concesiones establecidas y en la mayoría no hay un sol de inversión. Esto es diferente en Chile, porque ellos tienen otro sistema de concesiones mineras, lo que nos hace pensar si habría otro esquema mejor. Por lo pronto, debemos analizar si el concesionario no está obligado a invertir y si ahí no sabe si va a invertir o a iniciar exploración. Hay que preguntarnos sobre la base de qué se consultaría en esta etapa, cuestión que queda por debatir.

En la etapa de exploración hay otras medidas administrativas. También existen procedimientos para la participación ciudadana, hay que analizar en qué momento se desarrollaría la consulta y en qué momento la participación ciudadana. Luego también se debe analizar dentro de la etapa de exploración, cómo se realiza la consulta, pues se explora por tramos, primero 20 perforaciones y luego se incrementa. Se avanza con varias decisiones administrativas pues un solo permiso no habilita la exploración, sólo una parte de esta actividad; se generan varias autorizaciones para continuar ejecutándola. Actualmente, la discusión es conocer en qué momento se implementa la consulta para posibilitar los acuerdos.

En la actualidad existe una norma del Ministerio de Energía y Minas que señala que la consulta debe realizarse en el momento de la autorización de inicio de exploración y de explotación. Esto

es, en el último permiso administrativo que se necesita, pues las empresas solicitan múltiples permisos. La pregunta es: ¿Qué se consulta si las instancias previas ya aprobaron la licencia ambiental y otros permisos y sólo falta una autorización de inicio? Es un problema determinar si esa efectivamente, podría ser la medida a consultar.

Para sintetizar, si la consulta está incluida en un momento demasiado previo, ¿Cuál sería el contenido de la consulta? Porque no hay en concreto algo sobre lo que ponernos de acuerdo y finalmente la consulta resultaría un formalismo procedimental. Eso no sería lo adecuado, porque el espíritu de la consulta está dirigido a que el Estado considere las propuestas, las experiencias, los reclamos, las observaciones de los pueblos indígenas para que sus derechos sean tomados en cuenta en la decisión. Si la consulta se ubica en un mal momento, pierde su finalidad y su esencia.

Deseo finalizar diciéndoles que en el Perú tenemos mucho que investigar y entender cómo funcionan estos sectores. Recibimos llamadas preguntando en qué momento puede consultarse. La Defensoría del Pueblo no tiene todas las respuestas, estamos trabajando y contribuiremos a la implementación de esta importante ley.



Mesa temática Perú: Iván Lanegra, Ruth Buendía, Tania Pariona, Alicia Abanto

3.2.5 Preguntas del público

Pregunta 1: Iván Lanegra

Acerca de la identificación de pueblos indígenas

Los pueblos indígenas no se crean ni desaparecen por decreto. La diversidad cultural es un hecho y el Estado lo reconoce. Existe un conjunto de indicadores para reconocer la diversidad cultural del país que se expresa en elementos importantes como la lengua, tierras ocupadas ancestralmente, etcétera, que son indicadores que ayudan al proceso.

Un segundo tema – habitual con colegas y otros profesionales – es la idea sobre la existencia de "áreas indígenas", como si fueran ubicables en el mapa. Se ha planteado realizar un catastro indígena, para buscarlos en el mapa y ubicarlos. Esta es una idea terrible. Las culturas se extienden y acompañan a las personas, no son abandonadas en los desplazamientos. Por lo tanto puede existir población indígena en las ciudades y en el campo.

La base de datos plantea un tema importante: ¿Quiénes son los titulares de los derechos indígenas? ¿Quiénes tienen la capacidad por los pueblos indígenas de decidir el destino o las políticas públicas aplicadas por cada una de las lenguas?

En el caso de las tierras de propiedad es muy claro, pero en el de posesión puede complicarse, pero se debe hacer un trabajo más detallado para esos supuestos. No es tan simple para el Estado identificar el uso ancestral de las aguas o de los bosques, esa identificación, la base de datos hace referencia a esos elementos.

El trabajo realizado, reuniendo toda la información disponible para armar la base de datos, culminó en el mes de diciembre. Fue un tremendo desafío, comenzamos a presentarlo el mismo mes y generó posturas muy complejas. En ese momento ocurrió una demanda judicial contra la directiva que regula ese documento, lo que complejizó más las cosas.

Pregunta 2: Iván Lanegra

Acerca de INDEPA

El organismo público INDEPA desapareció en diciembre de 2010. Se ha planteado reactivarlo. De acuerdo al modelo ejecutivo peruano, si uno quiere que los temas se tomen en cuenta, se debe estar en el nivel viceministerial o ministerial. Si no lo hay, es difícil llevar temas críticos dentro del Poder Ejecutivo y efectuar reformas verdaderas. Hay un consenso entre varias organizaciones indígenas y el Viceministerio respecto de tener un nivel ministerial, como un camino hacia una reforma del Poder Ejecutivo para el tema indígena.

Hay otro punto importante, algunas decisiones indígenas deben tener un nivel de autonomía similar al de los organismos reguladores, para que las difíciles decisiones que toman los funcionarios en materia indígena, tengan un sistema de protección del funcionario público frente a las presiones que conllevan.

Pregunta 3: Iván Lanegra

Acerca del momento para hacer la consulta

En el Perú, de acuerdo al reglamento de la Ley de Consulta, debe consultarse al menos antes de explorar recursos naturales y de explotar un recurso natural. La única discusión es en qué momento exacto. Yo comparto la visión de llevar la consulta a un momento previo y articularlo con los estudios de impacto ambiental. Como aún es una política pública en proceso de desarrollo, parte del análisis jurídico, que peca de irreal, eso se revela en algunas críticas que terminan siendo contradictorias. Por ejemplo, algún experto dijo: "Miren, tiene que hacerse la consulta antes de la licitación de los lotes petroleros" y esa fue la decisión del gobierno. El mismo especialista posteriormente señaló: "Cómo van a hacer la consulta en ese momento sino hay estudio de impacto ambiental, cómo van a informar a los pueblos indígenas de las actividades en ese lote". Claro que no hay estudio de impacto ambiental, estamos incorporando esos temas, luego cuando toque la explotación habrá otro momento. Es evidente que al decidir hacer las cosas en ese punto existen beneficios y problemas con un marco restringido de opciones. Este es un asunto crucial.

En el tema de construcciones e infraestructura es más claro hacer la consulta en el proceso de evaluación de impacto ambiental, antes de implementar el estudio.

Mi impresión es que la consulta debe empezar en un momento previo a la elaboración de los términos de referencia del estudio de impacto ambiental, porque es una manera de incorporar en una etapa temprana, las preocupaciones de los pueblos indígenas dentro de los propios términos de referencia del estudio. Esto significa que en el diseño del impacto ambiental se incorporen los temas de derechos colectivos, de tal manera que luego se verifique cómo están incorporados estos temas y se haga el seguimiento respectivo.

Pregunta 4: Iván Lanegra

Sobre su relación con el Ministerio de Energía y Minas.

Es compleja, tal como debería ser.

Pregunta 5: Ruth Buendía

¿Cuáles son sus expectativas frente a la Defensoría?

Hacer lo que debe hacer y fiscalizar las leyes. No parcializarse con ninguna entidad.

Pregunta 6: Ruth Buendía

¿Qué haría usted si fuera parlamentaria?

Si voy sola me absorbería el sistema porque el capitalista te presiona a acoger sus propuestas. Sería necesario el apoyo de abogados que apoyen para la elaboración de propuestas legislativas en el Congreso.

Pregunta 7: Ruth Buendía

¿Conoces de cerca concesiones petroleras?

Antes de la ley de consulta, Los gobiernos han otorgado concesiones en la Amazonía. En la zona donde vivo está el lote 108.

¿Piensas en los gobernantes como vende patria?

No pienso al gobernante como vendedor de la patria. Deseamos que el gobernante de turno nos haga respetar y vele por el desarrollo de nuestras comunidades.

Pregunta 8: Tania Pariona Tarqui

¿Qué implica su discurso de crítica?

He hablado en tono de crítica con el deseo de construir propuestas conjuntas. Es importante abrir espacios de diálogo horizontal entre sociedad y Estado.

Pregunta 8: Tania Pariona Tarqui

¿Cómo devolver la conciencia de sus derechos a los pueblos indígenas colonizados?

Para la comunidad indígena, es importante reconocerse como runa, que significa persona. En cuanto nos reconocemos como personas y nuestro significado de existencia, reconocemos nuestros derechos. Hablemos del ejercicio responsable de nuestros derechos, como pueblos indígenas y del Estado como garante de nuestros derechos. La voluntad política de nuestro país se ha estado demostrando pero necesitamos ponerle más fuerza para que estos procesos reflejen las demandas y expresiones de la diversidad cultural.. A veces formulamos políticas sin conocer qué necesitan o quieren los pueblos indígenas. La interculturalidad se planteaba solo para la zona rural. Hoy se ha planteado hacer esto para toda la región.

Hoy nos hemos planteado el desafío de tener educación intercultural en toda la región. La interculturalidad es funcional, para indígenas y no indígenas porque en la medida que reconozcamos que los pueblos indígenas aportan a sociedad, los reconoceremos con iguales derechos. Las realidades en las comunidades son crudas y hay cosas que necesitan ser superadas. Necesitamos un Estado fuerte y un pueblo fortalecido que solicite su derecho y no espere a que el Estado lo otorgue. Las políticas públicas han logrado paliar la pobreza, pero no han generado las herramientas para que puedan valerse por sí mismos y luchar contra la pobreza.

La diversidad es para festejarla y unirnos y no marcar diferencias. América Latina es una región pluricultural multilingüe, considero que este es un paso muy importante así como evaluar qué nos falta y que dificultades están presentes.

Pregunta 9: Alicia Abanto

Sobre la necesidad de la ley de consulta

Es muy importante que existan políticas públicas sobre pueblos indígenas, la consulta requiere instrumentos de gestión. Antes de la ley de consulta lo que existía eran actos meramente informativos y eso era denominado "consulta". En ese sentido, ha habido serios conflictos sociales por la falta de consulta previa y la debilidad de los mecanismos de participación de ciudadana.

El derecho a la consulta está vigente en el Perú desde febrero de 1995, pero la Ley de Consulta Previa pone en vigencia el procedimiento para la consulta pero pensado en el diálogo y la búsqueda de acuerdos. Esto la diferencia de otros mecanismos de participación, como el referéndum, que se ha desarrollado en distintos sectores.

Es importante que exista una ley, un reglamento e instrumentos de gestión, debido a los tipos de consulta a implementar; además es importante que los diversos sectores dicten normas que faciliten su aplicación. Eso no niega que el derecho esté vigente hace 18 años, durante estos años, los pueblos indígenas han tenido el derecho de impugnar estas medidas o reclamar ante los órganos jurisdiccionales la falta de consulta previa.

Pregunta 10: Alicia Abanto

¿La consulta sólo se sujeta al derecho de propiedad?

En el caso de las consultas de las medidas legislativas, abarca todos los pueblos del país y el tema es si cada identidad cultural tiene derecho en ser consultada a través de sus representantes. Pero en el tema administrativo, debemos analizar los efectos de esa medida geográficamente hablando. Hay que ver si en esa área hay indígenas y si ellos tienen derecho al área que ocupan, sin limitarlo a si tienen título sobre la tierra. Pero hay grupos humanos no indígenas que pretenden tener derechos sobre tierras indígenas.

Pregunta 11: Alicia Abanto

¿Cómo afrontar las dinámicas de migración en cuanto a este tema?

Es complejo, pero lo cierto que un tercio de la población está fuera de las comunidades, en las ciudades. Eso también es un reto sobre la lucha contra la discriminación racial. En Lima existen aproximadamente medio millón de quechua-hablantes, esta situación nos hace pensar no en consulta previa, sino en reconocimiento de la igualdad y la no discriminación.

Pregunta 12: Alicia Abanto

Acerca de la consulta en proyectos de inversión

Una mina o una hidroeléctrica no existen ni se gestionan de un día para otro. Cuando hay decisiones administrativas en la etapa de exploración, el debate no puede ser sobre la mina, porque esta no existe, se puede dar, si es posible y rentable. Esa es la dificultad que se encuentra ahora. Antes de la hidroeléctrica hay años de estudios que podrían no desembocar en un proyecto.

Los proyectos se dan con años de decisiones administrativas del Estado. El reto es poner la consulta en momentos adecuados para que los pueblos indígenas puedan dar sus observaciones e incluso, oponerse. Pero todo ello debe darse en el momento en que la decisión del Estado surta efecto sobre los derechos.

Por otro lado, está el derecho a la participación ciudadana. Es un proceso muy reciente, del 2002 hacia adelante, con algunas mejoras pero tenemos el reto de mejorarla y procurar que influya y genere espacios propicios para los momentos de la consulta previa.



Retrato final de los participantes de la FIO con el equipo de apoyo de la GIZ

Enlaces de interés

El evento en el portal FIO y el wiki del Proyecto PROFIO

Anuncio de la FIO en su portal web

http://www.portalfio.org/inicio/index.php/component/k2/item/12111-encuentro-extraordinario-de-la-fio-derecho-a-la-consulta-previa-de-los-pueblos-ind%C3%ADgenas-el-rol-de-los-ombudsman-en-am%C3%A9rica-latina-en-lima-los-25-y-26-de-abril-del-2013.html

Programa y ponencias del evento en el PROFIO Wiki

http://profio.wikispaces.com/_ENCUENTRO+FIO+SOBRE+DERECHO+A+LA+CONSULTA+DE+LOS+PUEBLOS+INDIGENAS

Videos sobre el evento de la Defensoría del Pueblo de Perú

Videos producidos sobre consulta previa al propósito del evento

http://www.youtube.com/depevideos

- ¿Sabes qué significa la Consulta Previa?
  http://www.youtube.com/watch?v=IBbuDKoKoWw
- Consulta Previa: Palabras de Anselmo Sella
  http://www.youtube.com/watch?v=HTTf315UYm8
- James Anaya: Hay que crear capacidad de diálogo entre las partes
  http://www.youtube.com/watch?v=ezPUbfEIl1Q
- Consulta Previa: Pronunciamiento de los Defensores del Pueblo de Iberoamérica
  http://www.youtube.com/watch?v=bfeKMqed4zo

Documentación video completa del evento con todas ponencias

http://puma.defensoria.gob.pe/blog/?p=3726

El evento en otros medios virtuales de la Defensoría del Pueblo de Perú

Portal de noticias

- Nota de prensa 22/04/2013: Defensores de Iberoamérica se reunirán en Lima para intercambiar experiencias sobre la aplicación de la Ley de Consulta Previa
  http://www.defensoria.gob.pe/portal-noticias.php?n=10004
- Nota de prensa 25/04/2013: Defensor del Pueblo sostuvo que consulta previa fortalece los sistemas democráticos de América Latina
  http://www.defensoria.gob.pe/portal-noticias.php?n=10023

Blog de la Defensoría: Infografía "La Consulta Previa – Avances y Retos"
http://puma.defensoria.gob.pe/blog/?p=3666

Blog Facebook del 24 al 26 abril 2013: Documentación en vivo del evento
https://www.facebook.com/defensoriaperu

Twitter del 24 al 26 abril 2013: Documentación en vivo del evento
https://twitter.com/ladepe#ConsultaPrevia

El evento en páginas web de otras organizaciones participantes

Conferencia magistral de James Anaya
http://unsr.jamesanaya.org/esp/declaraciones/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional

Ponencia del Defensor del Pueblo de Colombia
http://www.defensoria.org.co/red/?_item=0301&_secc=03&ts=2&n=1659

El evento en notas de agencias de noticias selectas

- Servindi 17/04/2013: Anuncio del evento
  http://servindi.org/actualidad/85764
- Servindi 26/04/2013: Relatoría del evento
  http://servindi.org/actualidad/86330
- Servindi 26/04/2013: Declaración de Lima
  http://servindi.org/actualidad/86334
- Andina 22/04/2013 Anuncio del evento
  http://www.andina.com.pe/Espanol/noticia-defensores-iberoamerica-intercambiaran-experiencias-lima-sobre-consulta-previa-455942.aspx#.UdyKuW1qPxU
- Andina 25/04/2013: Nota sobre el evento
  http://www.andina.com.pe/Espanol/noticia-defensores-iberoamericanos-uniran-esfuerzos-para-supervisar-aplicacion-consulta-previa-456381.aspx#.UdyKuW1qPxU



El equipo organizador de la Defensoría del Pueblo de Perú con Anselmo Sella